

L'interprétation du *Code civil du Québec* : l'occasion d'une réforme de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique

Johanne Renaud

Volume 35, numéro 3, 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043292ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043292ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Renaud, J. (1994). L'interprétation du *Code civil du Québec* : l'occasion d'une réforme de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique. *Les Cahiers de droit*, 35(3), 467–537. <https://doi.org/10.7202/043292ar>

Résumé de l'article

Le droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique présente de sérieuses lacunes. Une réforme apparaît nécessaire à de nombreux auteurs québécois, canadiens, anglais et américains. Ces auteurs peuvent se regrouper en trois catégories : les défenseurs de l'application accrue du droit privé, les partisans de la création d'un régime mixte et, enfin, les auteurs proposant l'institution d'un régime entièrement autonome de droit public. Deux réformes fondées sur le droit administratif français et proposées par les partisans de la création d'un régime mixte se révèlent particulièrement intéressantes, soit le principe de faute de service et le principe de responsabilité reposant sur le principe d'égalité devant les charges publiques et accordant l'indemnisation du préjudice revêtant un caractère spécial et anormal.

À l'occasion de la réforme du Code civil, ces deux réformes pourraient-elles être introduites par les tribunaux ? Une interprétation large et libérale de la notion floue de la faute, telle qu'elle est reformulée dans l'article 1457 du *Code civil du Québec*, permettrait aux tribunaux de considérer que l'Administration publique a commis une faute lorsqu'elle fait subir à une victime un préjudice spécial et anormal. Cependant, il n'apparaît pas que la réforme du Code civil permette d'accélérer la tendance vers l'assouplissement de la règle de l'individualisation de la faute en matière de responsabilité administrative.

L'interprétation du *Code civil du Québec* : l'occasion d'une réforme de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique*

Johanne RENAUD**

Il appartient aux juristes de faire l'effort indispensable de réflexion, de lucidité, de recherche, pour intégrer à l'économie générale de notre Code civil les notions nouvelles issues de l'évolution de la société. Car le droit est par essence vivant et à cause de cela même on peut dire qu'il se fait tous les jours.

Maximilien CARON, cité par Madeleine CARON, « L'égalité sous le Code civil : l'incidence des Chartes », dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Journées Maximilien-Caron 1990, Montréal, Thémis, 1990, pp. 25, 27.

Le droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique présente de sérieuses lacunes. Une réforme apparaît nécessaire à de nombreux auteurs québécois, canadiens, anglais et américains. Ces auteurs peuvent se regrouper en trois catégories : les défenseurs de l'application accrue du droit privé, les partisans de la création d'un régime mixte et, enfin, les auteurs proposant l'institution d'un régime entièrement autonome de droit public. Deux réformes fondées sur le droit administratif français et proposées par les partisans de la création d'un régime mixte se révèlent particulièrement intéressantes, soit le principe de faute de service et le principe de responsabilité reposant sur le principe d'égalité devant les charges publiques et accordant l'indemnisation du préjudice revêtant un caractère spécial et anormal.

* Le présent article a d'abord été présenté comme mémoire de maîtrise à l'Université de Montréal en septembre 1993. L'auteure remercie le Fonds pour la formation de chercheurs et l'aide à la recherche (FCAR) pour la bourse de recherche octroyée.

** Agente de recherche en droit, Office des professions du Québec.

À l'occasion de la réforme du Code civil, ces deux réformes pourraient-elles être introduites par les tribunaux ? Une interprétation large et libérale de la notion floue de la faute, telle qu'elle est reformulée dans l'article 1457 du Code civil du Québec, permettrait aux tribunaux de considérer que l'Administration publique a commis une faute lorsqu'elle fait subir à une victime un préjudice spécial et anormal. Cependant, il n'apparaît pas que la réforme du Code civil permette d'accélérer la tendance vers l'assouplissement de la règle de l'individualisation de la faute en matière de responsabilité administrative.

Law in matters of extracontractual liability of the Public Administration suffers serious deficiencies. Many Quebec, Canadian, English and American authors endorse the need for reform. These authors may be classified into three categories: the defenders of enhanced application of private law, proponents of the creation of a mixed regime and, lastly, authors who advance the institution of an entirely independent regime in public law. Two reforms based on French administrative law and put forth by proponents of the creation of a mixed regime, prove to be particularly interesting, namely the principle of faulty service and the principle of liability based on the principle of equality before public charges and granting indemnification for injury presenting a special or abnormal character.

In the wake of the Civil Code reform, could these two reforms be introduced through the courts ? A broad and liberal interpretation of the extensive notion of fault as reformulated in Q.C.C. article 1457 could enable the courts to consider that the Public Administration has committed a fault when it causes a victim to sustain a special and abnormal injury. It does not appear, however, that the Civil Code reform enables an acceleration of the trend towards making the rule of individualizing fault in matters of administrative liability more flexible.

Pages

1. La nécessité d'une réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique	472
1.1 Les lacunes du droit de la responsabilité administrative	473
1.1.1 Un débat de valeurs	474
1.1.2 L'inadéquation des règles de droit actuelles	481
1.2 Les propositions de réforme	489
1.2.1 L'application accrue du droit privé	490

	<i>Pages</i>
1.2.2 La création d'un régime mixte	490
1.2.3 L'institution d'un régime entièrement autonome de droit public ...	501
2. L'introduction d'un régime mixte par l'interprétation libérale du nouveau Code civil du Québec	504
2.1 L'applicabilité des articles 1457 et suivants du <i>Code civil du Québec</i> à la responsabilité administrative	504
2.1.1 L'effet de l'article 300 du <i>Code civil du Québec</i>	504
2.1.2 L'effet de l'article 1376 du <i>Code civil du Québec</i>	512
2.2 Les possibilités d'adoption jurisprudentielle de deux réformes particulières	517
2.2.1 La notion de faute liée au préjudice spécial et anormal	517
2.2.2 Le rattachement du préjudice à l'action administrative	532
Conclusion	535

Le droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique a connu un essor remarquable dans la dernière décennie, et ce, non seulement au Canada mais également ailleurs dans le monde¹. La jurisprudence de la Cour suprême a été particulièrement abondante et a introduit de nouvelles règles de droit au Canada. Au cours de la seule année 1989, la Cour suprême prononçait six jugements sur la responsabilité administrative². Ces arrêts ont suscité maintes réactions, et de nombreux auteurs les ont commentés³.

1. A.W. BRADLEY et J. BELL, « Governmental Liability: A Preliminary Assessment », dans J. BELL et A.W. BRADLEY (dir.), *Governmental Liability: A Comparative Study*, Londres, United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1991, pp. 1, 16. Cette monographie présente une étude du droit de la responsabilité administrative de l'Angleterre, l'Écosse, la Nouvelle-Zélande, l'Australie, les États-Unis, l'Irlande, la Belgique, la France, l'Italie, l'Allemagne, et du droit communautaire européen.
2. *Laurentide Motels c. Beauport (ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Mackeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Just c. Colombie Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259. Voir également l'important arrêt : *Maska Auto Springs Ltée c. Ste-Rosalie*, [1988] R.J.Q. 1576 (C.A.), infirmé par C.S.C. le 4 juin 1991.
3. Voir notamment : D.J. MULLAN, « The Law of Canada », dans J. BELL et A.W. BRADLEY (dir.), *op. cit.*, note 1, pp. 59-83; H.W. MACLAUCHLAN, « Developments in Administrative Law: The 1989-90 Term », (1991) 2 S.C.L.R. (2d) 1, 34-45; N. RAFFERTY et I. SAUNDERS, « Developments in Contract and Tort Law: The 1989-90 Term », (1991) 2 S.C.L.R. (2d) 175, 188-227; D. GALLOWAY, « The Liability of Government: Just, or Just and Reasonable », (1990) 41 *Admin. L. R.* 133-154; P. GARANT, « La responsabilité civile de la puissance publique: du clair obscur au nébuleux », (1991) 32 *C. de D.* 729-761; L.A. REYNOLDS et D.A. HICKS, « New Directions for the Civil Liability of Public Authorities for Negligence », (1992) 71 *R. du B. can.* 1-26; K. WOODALL, « Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation », (1992) 37 *R.D. McGill* 83-143.

L'essor du droit de la responsabilité administrative a eu pour répercussion l'incertitude, certains diront l'incohérence, dans ce domaine du droit. Les règles de droit applicables semblent floues et les résultats souvent insatisfaisants⁴. En outre, le droit actuel de la responsabilité administrative apparaît à bien des égards ne plus correspondre aux attentes des citoyens à l'égard de l'État et aux aléas de la vie moderne en société.

Une réforme s'avère donc nécessaire pour de nombreux auteurs. Toutefois, l'orientation que devrait prendre une telle réforme diffère grandement d'un auteur à l'autre. Certains considèrent que l'accroissement actuel de la responsabilité administrative devrait être freiné et que les principes de la responsabilité de droit commun devraient s'appliquer de façon accrue à l'Administration publique. Ils s'appuient sur des valeurs comme le principe de légalité et l'importance de ne pas imposer des coûts exorbitants aux finances publiques. D'autres, par contre, estiment que les principes de droit privé sont inadéquats et que l'adoption de certaines règles exorbitantes du droit commun est nécessaire. Ils considèrent que la spécificité de l'action administrative impose l'introduction de principes propres à la responsabilité administrative et insistent sur la valeur de la justice sociale. Derrière le débat qui oppose les auteurs se profilent la discussion autour des fonctions que la responsabilité administrative devrait remplir et la question du choix entre la justice commutative ou la justice distributive.

Les tribunaux pourraient-ils introduire de nouvelles règles concernant la responsabilité administrative en interprétant le *Code civil du Québec* ? Dans quelle mesure l'article 1457 et les autres articles pertinents du nouveau Code civil pourraient-ils être interprétés de manière à introduire en droit québécois certaines des réformes de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique s'inspirant notamment du modèle français et proposées par des auteurs de doctrine québécois, canadiens, anglais et américains ? Plusieurs de ces auteurs proposent l'introduction de principes de droit administratif français. Deux de ces principes apparaissent particulièrement intéressants et pourraient inspirer une réforme du droit québécois de la responsabilité administrative. Il s'agit du principe de faute de service et du principe de responsabilité sans faute reposant sur le principe d'égalité devant les charges publiques fondant l'indemnisation du

4. L'arrêt *Lapierre c. Procureur Général du Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241, en est un exemple éloquent. Pour une analyse de l'arrêt *Lapierre*, voir : D. HOWES, « Nomadic Jurisprudence: Changing Conceptions of the « Sources of Law » in Quebec from Codification to the Present », dans *Droit contemporain*, Rapports au XIII^e Congrès international de droit comparé (1990), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, pp. 1-21. D'après l'auteur, le judiciaire a manqué d'imagination dans cette affaire.

préjudice spécial et anormal. Peut-on interpréter le nouvel article 1457 du Code civil, l'équivalent de l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada* (C.c.B.C.) de manière à introduire en droit québécois ces deux réformes ?

La première partie du présent texte expose les arguments développés par la doctrine quant à la nécessité d'une réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique. Étant donné que ces arguments reposent sur la mise en évidence des lacunes du droit actuel, ces lacunes sont analysées en premier lieu (1.1). Il est constaté d'abord que les auteurs ne reconnaissent pas les mêmes lacunes, et cela, parce qu'ils ne choisissent pas les mêmes valeurs. Ensuite, l'inadéquation des règles de droit actuel, tant de droit privé que de droit public, est analysée en s'attardant sur la notion de faute de droit privé et la règle de droit public qui distingue entre les décisions politiques et les décisions de mise à exécution de ces politiques. En deuxième lieu (1.2), les propositions de réforme des auteurs sont étudiées en les regroupant en trois catégories : 1) les défenseurs de l'application accrue du droit privé qui proposent notamment l'abolition des privilèges et immunités de la Couronne ; 2) les partisans de la création d'un régime mixte dont les réformes s'inspirent du modèle du droit administratif français ; et 3) les auteurs proposant l'institution d'un régime entièrement autonome de droit public.

La seconde partie du texte soupèse les possibilités de création jurisprudentielle d'un régime mixte à l'occasion de la réforme du Code civil. Nous décrivons dans quelle mesure les principes de responsabilité civile s'appliquent à l'Administration publique (2.1) en analysant successivement l'effet de l'article 300 C.c.Q. et celui de l'article 1376 C.c.Q. sur les sources du droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique. Puis, nous évaluons les possibilités d'interpréter le nouveau Code de manière à introduire deux réformes particulières (2.2), soit, dans un premier temps, la redéfinition de la notion de faute par rapport au préjudice spécial et anormal et, dans un deuxième temps, le rattachement du préjudice directement à l'action administrative par l'adoption de la notion de faute de service.

Quelques précisions s'imposent sur le sens de certains termes employés. Tout d'abord, l'expression « responsabilité extracontractuelle » renvoie à ce qui était connu auparavant sous l'expression « responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle ». En effet, le nouveau Code civil bannit les termes « responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle » pour les remplacer par « responsabilité extracontractuelle »⁵. Ensuite, l'expression « Admi-

5. Voir notamment les articles 164, 1526 et 2498 du nouveau *Code civil du Québec*.

nistration publique » désigne l'État⁶, ses organismes et les autres personnes morales de droit public⁷. L'expression « personnes morales de droit public » inclut les municipalités, les sociétés d'État et les organismes paragouvernementaux⁸. Par ailleurs, afin d'alléger le texte, l'expression « responsabilité administrative » est employée comme synonyme de « responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique ».

1. La nécessité d'une réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique

Depuis une dizaine d'années, deux commissions de réforme du droit ainsi que de nombreux juristes ont proposé des avenues pour une réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique. On peut remarquer d'importantes divergences dans l'orientation suggérée pour une telle réforme. Trois grands courants peuvent être dégagés. Le premier courant, traditionaliste, propose d'accentuer l'application du droit privé⁹. Le deuxième courant, réformiste, estime qu'un régime mixte constitué de règles de droit privé et de règles de droit public exorbitantes du

6. Le terme « Couronne » apparaît dorénavant désuet. En effet, la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 202-213, modifie les articles 94 et suivants du *Code de procédure civile* pour remplacer le terme « Couronne » par les termes « État », « gouvernement » ou « Procureur général », selon le contexte. Par exemple, l'article 94.1 est ainsi libellé : « Nul recours qui peut être exercé contre un organisme de l'État ou contre toute autre personne morale de droit public, ne peut être exercé contre le gouvernement. »
7. Selon les termes de l'article 1376 C.c.Q. À noter que le nouveau Code abolit le terme « corporation » pour le remplacer par l'expression « personne morale » et abandonne la classification « corporation politique — corporation civile » utilisée dans l'article 356 C.c.B.C. pour la remplacer par « personne morale de droit public — personne morale de droit privé » (art. 300 C.c.Q.).
8. P. MARTEL, « Les personnes morales », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (dir.), *La réforme du Code civil*, t. 1 : *Personnes, successions, biens*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 187, 190, définit ainsi les personnes morales de droit public : « « Les personnes morales de droit public », qu'il faut distinguer de l'État et de ses organismes, ne sont pas définies dans le Code, mais elles incluent les municipalités (nouvelle façon de désigner les corporations municipales), les commissions scolaires et les sociétés d'État, à fonds social ou non. »
9. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Report on the Liability of the Crown*, Toronto, La Commission, 1989 ; P.W. HOGG, *Liability of the Crown*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1989 ; P.W. HOGG, « The Tock Case », (1990) 69 *R. du B. can.* 589-596 ; W. BISHOP, « The Rational Strength of the Private Law Model », (1990) 40 *U. Toronto L.J.* 663-669 ; K. WOODALL, *loc. cit.*, note 3 ; J.A. SMILLIE, « Liability of Public Authorities for Negligence », (1985) 23 *U.W.O.L. Rev.* 213-248 ; L.A. REYNOLDS et D.A. HICKS, *loc. cit.*, note 3 ; P. GARANT, *loc. cit.*, note 3 ; C. HARLOW, *Compensation and Government Torts*, Londres, Sweet & Maxwell, 1982 ; C. HARLOW, « « Public » and « Private » Law : Definition without Distinction », (1980) 43 *Mod. L. Rev.* 241-265 ; H.W. MACLAUCHLAN, *loc. cit.*, note 3.

droit commun est nécessaire pour pallier les insuffisances et les lacunes du droit actuel¹⁰. Enfin, le troisième courant, plus audacieux, préconise un vaste plan de réforme constituant un régime entièrement autonome de droit public et intégrant des principes inconnus dans le droit actuel¹¹. La section 1.1 expose les lacunes du droit actuel telles qu'elles sont perçues par chacun de ces courants doctrinaux, alors que la section 1.2 étudie les réformes proposées.

1.1 Les lacunes du droit de la responsabilité administrative

L'orientation des réformes proposées par chacun des trois courants doctrinaux dépend de la mise en évidence préalable des lacunes du droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique. Si les propositions de réforme diffèrent à ce point, c'est que les auteurs n'observent pas les mêmes lacunes dans le droit actuel. Or, un constat s'impose. La mise en évidence de ces lacunes repose sur les valeurs privilégiées préalablement. La section 1.1.1 expose les différentes valeurs privilégiées par les auteurs, valeurs qui, très souvent, s'opposent l'une à l'autre. La section 1.1.2 décrit l'inadéquation des règles de droit actuelles, tant celles de droit privé que celles de droit public.

-
10. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le statut juridique de l'administration fédérale*, Ottawa, 1985 ; La Commission, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le statut juridique de l'administration fédérale*, Document de travail n° 40, Ottawa, La Commission, 1985, pp. 62-78 ; P.-A. CÔTÉ, « Droit civil et droit administratif au Québec », (1976) 17 *C. de D.* 825-829 ; R. TASSÉ, « Les relations entre l'État et le citoyen : évolution historique, situation actuelle et avenir », (1985) 16 *R.G.D.* 5-12 ; Y. OUELLETTE, « La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne et l'exercice des fonctions discrétionnaires », (1985) 16 *R.G.D.* 49-67 ; R.A. MACDONALD, « Jurisdiction, Illegality and Fault : An Unholy Trinity », (1985) 16 *R.G.D.* 69-100 ; G. OTIS, « Victorian Principles for the 1990s : Tock v. St-John's Metropolitan Area Board », (1990) 35 *R.D. McGill* 670-683 ; P.P. CRAIG, « Compensation in Public Law », (1980) 96 *Law Q. Rev.* 413-455.
 11. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 10. Bien qu'elle propose la création d'un régime mixte, la Commission suggère qu'il pourrait être opportun d'étudier l'institution d'un régime entièrement autonome de droit public ; D. COHEN et J.C. SMITH, « Entitlement and the Body Politic : Rethinking Negligence in Public Law », (1986) 64 *R. du B. can.* 1-57 ; D. COHEN, « Adjustment to the Consequences of State Action — Suing the State », (1990) 40 *U.Toronto L.J.* 630-662 ; D. COHEN, « Government Liability for Economic Losses : The Case of Regulatory Failure », (1992) 20 *Can. Bus. L.J.* 215-241 ; D. COHEN, « The Public and Private Law Dimensions of the UFFI Problem : Part II », (1983-84) 8 *Can. Bus. L.J.* 410-437 ; D. COHEN, « Thinking about the State : Law Reform and the Crown in Canada », (1986) 24 *Osgoode Hall L.J.* 379-404 ; D. COHEN, « Tort Law and the Crown : Administrative Compensation and the Modern State », dans K. COOPER-STEPHENSON et E. GIBSON (dir.), *Tort Theory*, North York, Captus University Publications, 1993, pp. 361-393 ; P.H. SCHUCK, *Suing Government. Citizen Remedies for Official Wrongs*, New Haven, Yale University Press, 1983.

1.1.1 Un débat de valeurs

Un véritable débat de valeurs oppose les différents auteurs qui s'intéressent à la réforme de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique. D'un côté, on préconise le principe diceyen de légalité, tandis que, de l'autre, on réplique par l'argument de la spécificité de l'action administrative. Certains craignent l'avalanche de poursuites et les coûts exorbitants pour les finances publiques, alors que d'autres invoquent le besoin d'une plus grande justice sociale.

Plusieurs auteurs considèrent que le régime de la responsabilité administrative doit demeurer à l'intérieur du régime général de la responsabilité de droit privé, s'inspirant du principe de légalité défendu par Dicey¹². En matière de responsabilité, le principe de légalité impose l'assujettissement de l'Administration publique au droit commun, sauf si des lois particulières prévoient le contraire ou encore si une interprétation judiciaire du droit positif ordinaire permet le maintien de certains privilèges ou immunités¹³. Ces auteurs considèrent que les règles de droit privé, bien qu'elles soient parfois inadéquates, doivent demeurer le fondement de la responsabilité administrative. Le récent rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario sur la responsabilité administrative illustre bien cette tendance¹⁴.

Dans ce rapport, la Commission vise trois objectifs généraux, soit : rendre les règles de droit plus justes à l'égard de la Couronne comme du citoyen, plus conformes aux principes sous-jacents à la *Charte canadienne des droits et libertés* et simplifier ces mêmes règles de droit. À cette fin, elle s'appuie sur la conception diceyenne de la légalité. Les règles de droit actuelles prévoyant des privilèges et immunités dont ne jouit pas le simple citoyen vont à l'encontre de l'image du bon gouvernement et s'opposent à la croyance bien ancrée, selon la Commission, que l'État et ses représentants doivent être soumis aux mêmes règles de droit et aux mêmes tribunaux que les particuliers¹⁵. Afin de moderniser le statut de la Couronne, la Commission propose donc d'abolir un certain nombre d'immunités et de

12. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan, 1959, pp. 193-195, 202-203.

13. Pour un exposé de la théorie, voir R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. 3, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1989, p. 42 et suiv.

14. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *op. cit.*, note 9.

15. Un auteur anglais partage ce point de vue : C. HARLOW, *op. cit.*, note 9. Malgré qu'il admette que le droit des *torts* ne soit pas parfait, le principe diceyen de légalité lui apparaît toujours une base acceptable pour la responsabilité gouvernementale. Bien qu'il défende l'assujettissement accru au régime de droit privé, c'est un des auteurs qui proposent le plus vaste plan de réforme du droit de la responsabilité administrative ; voir *infra*, p. 499.

privilèges anormaux et injustifiés dont la Couronne continue de jouir à l'égard des particuliers¹⁶.

À l'opposé, plusieurs considèrent que le principe de légalité ne rend pas compte des spécificités de l'action administrative¹⁷. La Commission de réforme du droit du Canada partageait cet avis. Il y a quelques années, la Commission fédérale se livrait à une vaste réflexion sur le statut juridique de l'Administration fédérale¹⁸. Après avoir démontré l'incohérence structurelle propre à l'Administration fédérale, la Commission constatait qu'une réforme globale de la responsabilité administrative fédérale adaptée à l'évolution du droit contemporain s'imposait. L'orientation de la réforme proposée était diamétralement opposée à celle de la Commission ontarienne. En effet, l'utilisation des concepts de droit privé lui paraissait inadéquate étant donné la spécificité de l'action administrative. La Commission allait même plus loin en posant comme prémisse le constat d'une relation inégalitaire entre l'Administration et les administrés¹⁹.

En quoi consiste la spécificité de l'action administrative ? Tout d'abord, l'action administrative est spéciale parce que le gouvernement est

16. Pour une critique du rapport de la Commission, notamment du conservatisme de son cadre conceptuel, voir : P. ROBARDET, « Observations sur le projet de réforme du droit de la responsabilité extra-contractuelle publique en Ontario contenue dans le *Report on the Liability of the Crown* », dans *La responsabilité extra-contractuelle de l'Administration publique*, Actes du colloque de la Société de droit administratif du Québec, Le Bulletin, édition spéciale, Montréal, Société de droit administratif du Québec, 1991, pp. 33-66.

17. Voir notamment : G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, pp. 523-524 ; C. SOUCY, « La responsabilité extracontractuelle de l'État et le nouveau Code civil du Québec », dans *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, pp. 303, 330-331 : « Enfin [...], il est évidemment permis de s'interroger si, dans l'état actuel du droit où il semble être de plus en plus question d'une distinction entre le droit privé et le droit public, il était souhaitable d'assujettir de façon expresse l'État au même régime de droit que celui applicable aux particuliers, alors que celui-ci exerce plusieurs fonctions qui lui sont spécifiques et qui ne sont aucunement comparables avec les activités des particuliers. » Pour sa part, H. BUCH, « La règle de droit en droit administratif », dans C. PERELMAN (dir.), *La règle de droit. Études publiées*, Bruxelles, É. Bruylant, 1971, p. 261, précise : « alors qu'il n'est pas niable que l'importance et la spécificité de cette catégorie de « responsabilité » croît en raison directe des activités toujours plus nombreuses, plus diverses, plus pénétrantes et plus originales des agents de la fonction publique, le refus persiste d'admettre jusqu'à l'existence même de cette catégorie. On s'en tient fermement, on serait tenté d'écrire « on se cramponne », au droit commun [l'italique est de nous]. »

18. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 10.

19. Pour une critique de la méthodologie et du cadre conceptuel du rapport de la Commission, voir : D. COHEN, « Thinking about the State : Law Reform and the Crown in Canada », *loc. cit.*, note 11.

supposé agir dans l'intérêt général et pour le bénéfice de la communauté, et non pour des intérêts privés²⁰. Ensuite, certaines activités de l'Administration n'ont aucun équivalent en droit privé :

[L'État] exerce aussi des fonctions de puissance publique ou proprement gouvernementales, législatives, juridictionnelles et administratives, suivant les trois fonctions traditionnelles de l'État, dont on ne trouve pas d'équivalent ou de contrepartie chez les particuliers ou dans le secteur privé : les particuliers ne voient pas à l'application des lois, n'administrent pas les prisons, ne délivrent pas d'autorisation ou de permis, etc.²¹.

Ce rôle de l'État est exposé dans les écrits du professeur Cohen²². Cet auteur souligne que l'application des principes de droit privé²³ à la responsabilité de l'État pose plusieurs difficultés. Tout d'abord, le droit privé ne reconnaît pas le concept d'État et son rôle particulier de redistribution de la richesse. Ensuite, le droit privé traite de la même manière les obligations de l'État et des particuliers, tandis que le droit de gouverner n'a pas d'équivalent en droit privé. Enfin, l'application des principes de droit privé à l'État a eu pour conséquence l'imposition de nouvelles obligations aux particuliers.

En outre, l'inadéquation du droit privé est causée par plusieurs facteurs. Premièrement, l'État doit représenter les intérêts des victimes potentielles des activités administratives tout comme ceux des bénéficiaires de ces activités et doit, sinon, justifier le « sacrifice » de certains citoyens. Deuxièmement, la séparation des pouvoirs justifie la retenue judiciaire. Troisièmement, l'État est engagé dans des activités de répartition des ressources pour lesquelles les tribunaux peuvent se révéler institutionnellement incompétents. Quatrièmement, au contraire des simples citoyens, l'État possède une capacité législative illimitée de se protéger des effets de la responsabilité. Cinquièmement, certaines fonctions de l'État moderne,

20. A.W. BRADLEY et J. BELL, *op. cit.*, note 1.

21. Y. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 10, 50. Pour une critique de l'argument de la spécificité de la responsabilité administrative, voir : C. HARLOW, *op. cit.*, note 9. Cet auteur considère que la spécificité de la responsabilité administrative est un problème artificiel et que les auteurs qui avancent cet argument veulent dire en fait que le droit actuel n'englobe pas toutes les situations qui devraient l'être selon eux.

22. D. COHEN et J.C. SMITH, *loc. cit.*, note 11. Le professeur Cohen est l'auteur anglo-canadien le plus prolifique sur le thème de la responsabilité administrative et certainement l'un des plus innovateurs. Abordant la question d'un point de vue global, il s'intéresse aux motivations des tribunaux, aux répercussions sur le comportement des fonctionnaires, propose la réforme la plus révolutionnaire et rappelle constamment le caractère éminemment politique de toute proposition de réforme dans ce domaine : voir *infra*, p. 501.

23. À noter que l'auteur traite du *tort of negligence* en common law, mais son analyse peut tout autant s'appliquer à la responsabilité en droit civil.

notamment la régulation économique, la redistribution de la richesse et les pouvoirs de police, autorisent des activités susceptibles de porter préjudice à certains particuliers. Sixièmement, le concept de *negligence* ne peut être appliqué à l'État de la même façon qu'aux particuliers à cause des réalités politiques et bureaucratiques. Enfin, les droits des citoyens opposables à l'État sont qualitativement différents des droits opposables à un particulier²⁴.

Toutefois, le professeur Cohen, tout comme la Commission de réforme du droit du Canada, reconnaît que les règles de droit privé devraient continuer à s'appliquer lorsque l'État est engagé dans des activités comparables à celles des entreprises privées, telles les activités de nature industrielle ou commerciale²⁵.

La crainte de l'avalanche de poursuites est un autre argument avancé par les défenseurs du maintien du droit privé dans la détermination de la responsabilité administrative. L'abandon de l'approche de droit privé pourrait, selon eux, avoir des conséquences économiques indésirables en entraînant des coûts exorbitants pour le gouvernement. Ils craignent alors que les particuliers et les personnes morales de droit privé²⁶ ne commencent à traiter l'État en assureur des risques liés à son action²⁷.

Un auteur anglo-canadien, le professeur MacLauchlan²⁸, critiquant l'arrêt *Just*²⁹, avance que l'expansion de la responsabilité administrative risque de conduire à un État-assureur pour toutes les calamités et les risques de la vie moderne. Est-ce réaliste de procéder à cette expansion pour les activités de service public, s'interroge-t-il, alors que la capacité de maintenir ces services s'érode ? Le véritable débat provoqué par les six arrêts de l'année 1989 de la Cour suprême³⁰ doit, selon lui, s'articuler autour des questions suivantes : premièrement, quels préjudices devraient être indemnisés sans que l'État devienne un assureur contre les risques ?

24. Voir la théorie proposée à la suite de ces constats, *infra*, p. 501 et suiv.

25. La Cour suprême semble également partager cette opinion. « [P]lus le gouvernement intervient dans les activités que l'on considérait autrefois réservées au secteur privé, plus il est difficile de comprendre pourquoi l'État doit être ou devrait être dans une situation différente des citoyens » : R. c. *Eldorado Nucléaire Ltée*, (1983) R.C.S. 551, 558.

26. Cette expression est dorénavant la nouvelle façon de désigner les corporations civiles dans le *Code civil du Québec*, alors que les corporations publiques sont appelées « personnes morales de droit public ». Voir notamment l'article 300 C.c.Q. et la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, précitée, note 6, art. 423.

27. Voir en particulier : W. BISHOP, *loc. cit.*, note 9.

28. H.W. MACLAUHLAN, *loc. cit.*, note 3.

29. *Just c. Colombie Britannique*, précité, note 2.

30. *Supra*, note 2.

Deuxièmement, les tribunaux peuvent-ils aménager un régime de responsabilité administrative sans réviser tous les choix sociaux, économiques et politiques faits par les institutions démocratiques et administratives du gouvernement³¹ ?

Or, il ne semble pas être démontré que les finances publiques soient en danger à cause de l'accroissement de la responsabilité administrative. Au contraire, une étude récente des dépenses gouvernementales fédérales confirmerait plutôt l'inverse³².

À l'argument de la crainte de l'avalanche de poursuites, les défenseurs d'un régime autonome de droit public ou d'un régime mixte répliquent par l'argument de la justice sociale. Le professeur Ouellette s'exprime en ces termes :

Le temps est sans doute venu de procéder à une réflexion approfondie sur le fondement de la responsabilité de l'administration et d'élaborer un régime complet et cohérent de responsabilité publique affranchi de l'emprise du droit privé dans une perspective de justice sociale³³.

Cependant, la notion de justice sociale n'est pas la même pour tous puisque les défenseurs du maintien du régime de droit privé considèrent qu'une plus grande justice sociale requiert au contraire la soumission de l'État au droit commun et qu'un régime autonome ne serait pas nécessairement plus généreux envers les victimes³⁴.

Par ailleurs, le concept d'égalité tiré de la Charte canadienne est utilisé par les défenseurs d'un régime autonome de droit public pour démontrer que les valeurs contemporaines commandent une plus large indemnisation des victimes de l'action administrative³⁵. Mais ce concept est également utilisé par les défenseurs d'un assujettissement accru au droit privé pour démontrer que l'État devrait être soumis au même régime de droit que les particuliers³⁶. Le conflit réside, selon le professeur Cohen, dans le fait que la notion d'égalité prônée par la Charte canadienne peut avoir deux signi-

31. H.W. MACLAUCHLAN, *loc. cit.*, note 3, 34-35. L'auteur ajoute une troisième question, soit : l'imposition d'une responsabilité va-t-elle encourager ou décourager une conduite responsable et efficace de la part de l'Administration publique ? Voir *infra*, p. 482.

32. D. COHEN, « Government Liability for Economic Loss : The Case of Regulatory Failure », (1992) 20 *Can. Bus. L.J.* 215, 217 et 240. Après analyse, l'auteur constate que le gouvernement fédéral ne consacre que 1/10 000^e de son budget aux réclamations de dommages, y compris les paiements *ex gratia*, ce qui lui fait dire : « the reality seems to be that at least some governments are minimally affected by its [la responsabilité] application ».

33. Y. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 10, 66.

34. C. HARLOW, *loc. cit.*, note 9, 245.

35. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 10 ; G. OTIS, *loc. cit.*, note 10.

36. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *op. cit.*, note 9.

fications contradictoires. La première conception propose l'égalité de traitement du gouvernement et des particuliers, tandis que la seconde suggère l'égalité de traitement des individus entre eux, en ce sens que personne ne devrait subir un préjudice anormal causé par une action gouvernementale entreprise dans l'intérêt public. Le préjudice subi pour le bénéfice de la société devrait alors être réparti dans l'ensemble de la communauté³⁷.

Force est de constater qu'une même valeur, telle la justice sociale ou la notion d'égalité tirée de la Charte canadienne, peut être employée comme argument par les tenants de l'une ou de l'autre thèse. Il est donc primordial de découvrir derrière le discours et les valeurs prônées le non-dit. Ce non-dit est, à notre sens, la perspective politique et philosophique privilégiée par chacun. Cette perspective se concrétise par le choix entre la justice commutative³⁸ ou la justice distributive.

La justice commutative et la justice distributive peuvent se distinguer par les différentes fonctions du droit de la responsabilité civile. Ces fonctions peuvent être ramenées à deux principales, soit la prévention des comportements antisociaux et l'indemnisation de la victime³⁹. La justice commutative met l'accent sur la prévention des comportements antisociaux, et parfois sur la punition de l'auteur de la faute ayant causé le préjudice⁴⁰. La justice distributive, quant à elle, insiste sur l'indemnisation de la victime⁴¹ :

Au 19^e siècle, on concevait la responsabilité civile comme essentiellement punitive [...] Encore de nos jours, envisagée du point de vue des personnes qui

37. D. COHEN, « Adjustment to the Consequences of State Action — Suing the State », *loc. cit.*, note 11.

38. La justice commutative est souvent appelée incorrectement « justice corrective ».

39. A. TUNC, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Economica, 1989, pp. 133-155. L'auteur relève deux autres fonctions, soit la dilution de la charge des dommages et la garantie des droits des citoyens. Voir également P. LEGRAND jr., « Le droit des délits civils : pour quoi faire ? », dans P. LEGRAND jr. (dir.), *Common law, d'un siècle à l'autre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, pp. 449-491.

40. Pour une liste des auteurs de common law adoptant la notion de justice commutative pour le système des *torts*, voir : D. DEWEES et M. TREBILCOCK, « The Efficacy of the Tort System and its Alternatives : A Review of Empirical Evidence » (1992), 30 *Osgoode Hall L. J.* 57, 61, note 4. Cet article présente une étude intéressante sur l'efficacité et les solutions de rechange au système des *torts* aux États-Unis pour cinq catégories d'accidents : accidents d'automobile, préjudices médicaux, responsabilité du fabricant, dommages environnementaux et accidents du travail. L'efficacité est évaluée par rapport à trois buts normatifs, soit la dissuasion, la justice commutative et la justice distributive.

41. Pour une liste des auteurs de common law adoptant la notion de justice distributive pour le système des *torts*, voir : D. DEWEES et M. TREBILCOCK, *loc. cit.*, note 40, 60, à leur note 3.

enfreignent une règle, l'obligation de réparer qui les frappe constitue le prix de leur activité illicite. La responsabilité peut être ainsi perçue comme un moyen de prévention et de punition des infractions, donc de contrôle de l'action administrative.

Cette conception un peu primitive de la responsabilité est maintenant reléguée à l'arrière-plan. Le droit moderne de la responsabilité s'intéresse plus à la victime du dommage qu'à son auteur ; il a des objectifs plus économiques que moraux et se préoccupe davantage d'assurer à la victime du dommage une juste compensation que d'en punir l'auteur⁴².

Bien que les trois courants doctrinaux considèrent comme importantes ces deux fonctions, il apparaît que les défenseurs de l'assujettissement accru au régime de droit privé insistent sur la prévention des comportements indésirables de l'Administration publique et sur leur « punition » en soulignant l'importance de la mise en évidence d'une faute pour responsabiliser l'Administration. Quant aux défenseurs d'un régime autonome de droit public ou d'un régime mixte, ils considèrent au contraire que l'indemnisation des victimes de l'action administrative doit être la première préoccupation et que l'État doit répartir les avantages et les inconvénients de son action à travers la collectivité. En ce sens, les premiers adoptent une perspective philosophique de justice commutative, alors que les seconds embrassent une perspective philosophique de justice distributive⁴³.

Tout le débat sur l'inadéquation du système de droit privé pour la responsabilité administrative tourne donc autour du problème de la fonction de la responsabilité administrative. Les auteurs qui proposent l'introduction de règles spéciales pour la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique estiment qu'un droit moderne devrait avoir pour fonction première l'indemnisation des victimes et non la punition des comportements fautifs de l'Administration⁴⁴.

Le système de droit de la responsabilité civile est en fait un système basé sur la justice commutative. En effet, une indemnisation n'est accordée par les tribunaux que lorsqu'un individu a, de façon fautive, causé un préjudice à autrui. La faute est donc un élément essentiel de la responsabilité civile. La nécessité de désigner le préposé fautif reflète ce modèle de justice purement commutative⁴⁵.

42. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 17, p. 516.

43. Selon la distinction élaborée par Aristote dans *Éthique à Nicomaque*. Pour un débat intéressant sur le rôle de la justice commutative et distributive dans le droit des torts, voir K. COOPER-STEPHENSON et E. GIBSON (dir.), *op. cit.*, note 11.

44. Voir G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 17, pp. 516-517.

45. D. COHEN, « The Public and Private Law Dimensions of the UFFI Problem : Part II », *loc. cit.*, note 11.

L'utilisation du droit privé présume implicitement que la perspective de justice commutative devrait s'appliquer à la responsabilité administrative⁴⁶. Or, c'est précisément ce que rejettent les défenseurs d'un régime autonome de droit public ou d'un régime mixte. Les fonctions de la responsabilité administrative ne peuvent être, d'après eux, les mêmes que celles de la responsabilité civile étant donné la spécificité et le rôle de l'action administrative. L'action administrative est supposée être entreprise dans l'intérêt général. Lorsqu'un préjudice survient, il est donc subi pour le bénéfice de la communauté, et non pour des intérêts privés. De plus, l'État possède la capacité de diluer la charge du dommage parmi toute la communauté en faisant appel à la solidarité sociale. Cet avis est notamment partagé par le professeur De Smith's :

Much more persuasive, however, is the argument that since public authorities supply such services in the interests of the community as a whole, the public (as taxpayers or consumers) should pay for losses suffered by individuals who have sustained injuries in accidents arising from these activities irrespective of the existence of any fault⁴⁷.

Par ailleurs, les buts poursuivis par la responsabilité administrative devraient être différents des buts de la responsabilité civile. La responsabilité administrative devrait viser la compétence des fonctionnaires et la dissuasion de comportements indésirables, mais également ne pas décourager la prise de décision ferme de la part des préposés de l'Administration ni entraver l'efficacité de l'action administrative.

En ce sens, un litige entre l'Administration publique et un particulier est vu comme étant totalement différent d'un litige entre deux particuliers, et le système de droit privé basé sur un modèle de justice commutative apparaît inadéquat à plusieurs.

1.1.2 L'inadéquation des règles de droit actuelles

Les règles actuelles du droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique sont basées en grande partie sur le système de droit privé. Mais les tribunaux ont parfois réagi aux lacunes de ces règles dans leur application à la responsabilité administrative en introduisant certaines règles particulières de droit public, notamment la distinction entre les décisions de nature politique et les décisions de mise en application de ces politiques (aussi appelées décisions d'exécution ou décisions opérationnelles). En général, les règles de droit privé comme les règles de

46. D. COHEN, « Adjustment to the Consequences of State Action — Suing the State », *loc. cit.*, note 11.

47. S.A. DE SMITHS, *Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1980, p. 534.

droit public apparaissent inadéquates et insatisfaisantes aux auteurs des trois courants doctrinaux, mais ce, pour des raisons évidemment bien différentes. Dans un premier temps, nous exposons les motifs de l'inadéquation des règles de droit privé en nous concentrant sur le concept de la faute civile. Dans un deuxième temps, les causes de l'inadéquation des règles de droit public sont abordées et illustrées par les critiques envers la distinction politique/exécution.

Une première difficulté résultant de l'application des règles de droit privé réside dans le caractère indirect de la responsabilité administrative pour un trop grand nombre de situations. Dans l'état actuel du droit, la responsabilité directe de l'État est engagée dans le cas de manquement à ses obligations relativement aux biens sous sa garde, notamment dans les cas de défaut d'assumer adéquatement ses obligations d'entretien et de réparation des routes et des ponts⁴⁸, dans les cas de défaut d'entretien, de surveillance ou de défectuosité d'autres biens ou équipement⁴⁹, ou encore dans le cas d'exécution de travaux publics⁵⁰. Dans les autres cas, la responsabilité de l'État est, en principe, une responsabilité pour autrui, et la faute d'un préposé en particulier doit être démontrée. Toutefois, la jurisprudence canadienne semble s'orienter vers un assouplissement de l'exigence de désignation de l'auteur du dommage. Cette évolution apparaît toutefois encore hésitante⁵¹.

Maints auteurs considèrent que la règle d'individualisation de la faute devrait carrément être rejetée étant donné qu'il est souvent difficile d'établir avec précision l'identité d'un préposé ayant commis une faute. En effet, la faute résulte souvent du mauvais fonctionnement d'un service entier et non d'un préposé particulier⁵². Bien que les auteurs des trois courants s'entendent en général sur cette difficulté, ils proposent des solutions différentes que nous étudierons à la section 1.2.

En outre, la responsabilité personnelle n'est pas une base de responsabilité adéquate. Une des fonctions de la responsabilité administrative devrait être le contrôle de l'inconduite des fonctionnaires. L'imposition d'une responsabilité va-t-elle encourager ou décourager une conduite responsable et efficace de la part de l'Administration publique⁵³? L'approche traditionnelle basée sur les principes de droit privé paraît avoir échoué à engendrer des incitations à la modification des conduites indésirables de la

48. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, p. 843 et suiv.

49. *Id.*, pp. 845-846.

50. *Id.*, p. 846.

51. Voir *infra* la note 250 et le texte correspondant.

52. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 10.

53. H.W. MACLAUCHLAN, *loc. cit.*, note 3, 34-35.

part des préposés de l'Administration. En effet, le professeur Cohen signale que, puisque le fardeau d'indemniser incombe au revenu consolidé plutôt que directement aux services dont l'action a causé le préjudice, ces services ne sont pas portés à modifier leur conduite⁵⁴.

Par ailleurs, la notion civiliste de faute apparaît mal adaptée à l'Administration moderne :

Le droit de la responsabilité extra-contractuelle de l'Administration appelle certainement de profondes réformes [...] La notion civiliste de faute, en particulier, a du mal à s'adapter aux nombreuses fonctions de l'État moderne. Dans la mesure où l'Administration intensifiera son intervention dans la vie économique de la nation, dans la même mesure augmenteront les risques administratifs, et des règles nouvelles, exorbitantes du droit commun, devront être formulées pour réglementer ces situations nouvelles⁵⁵.

Les contraintes et les motivations de l'Administration et de ses préposés sont différentes de celles des particuliers⁵⁶. L'application du concept de faute de droit civil ne permet pas, selon certains, de rendre pleinement compte de cette dimension.

Certaines règles spéciales ont été introduites par les tribunaux pour tenter de pallier les lacunes du droit privé dans son application à la responsabilité administrative. Par exemple, les tribunaux ont adopté le principe de l'indemnisation en cas d'appropriation publique de biens⁵⁷, le principe d'immunité quasi absolue pour les décisions judiciaires⁵⁸ et le principe d'immunité relative pour les décisions quasi judiciaires⁵⁹ et pour le pour-

54. D. COHEN, « Adjustment to the Consequences of State Action — Suing the State », *loc. cit.*, note 11. Un autre auteur conteste cette assertion : W. BISHOP, *loc. cit.*, note 9. Selon lui, les élections exercent une pression suffisante dans la plupart des cas pour entraîner la correction de ces conduites indésirables ; dans les autres cas, il serait plus approprié de procéder à des réformes législatives que d'abandonner le système de droit privé.

55. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 17, p. 523.

56. H.W. MACLAUCHLAN, *loc. cit.*, note 3, 38-39. Même si l'auteur parle du *standard of care* du *tort of negligence* en common law, ses observations sont également applicables à la norme de personne raisonnable de la faute civile puisque les deux notions semblent apparentées : « La norme de conduite raisonnable retenue par le droit de la négligence est une norme objective et non subjective. Les tribunaux recourent au critère de la personne raisonnable » : A.M. LINDEN, *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 129.

57. A.G. c. *De Keyser's Royal Hotel Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.). Pour une application du principe, voir : *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101 ; *R. c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533. Pour des exemples de cas où les tribunaux ont refusé d'appliquer le principe, voir : *La Ferme Filiber Ltée c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 128 ; *Home Orderly Services Ltd. c. Manitoba*, [1988] 49 Man. R. (2d) 246 ; *Procureur général du Québec c. Voghel*, [1984] C.A. 46 ; *R. c. Bertram S. Miller Ltd.*, [1986] 3 C.F. 291.

58. *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.).

59. *Harris c. Law Society of Alberta*, [1936] R.C.S. 88.

suivant⁶⁰. La principale règle de droit public adoptée par les tribunaux est sans contredit la distinction politique/exécution, c'est-à-dire la distinction entre les décisions de nature politique et les décisions d'exécution de ces politiques. Cette règle très récente⁶¹ se développe rapidement et est en train de prendre une grande importance dans le droit de la responsabilité administrative. La nouveauté et l'importance de la règle justifient une étude plus approfondie.

En vertu de la common law, la distinction politique/exécution est utilisée pour nier un *duty of care*⁶², un des cinq éléments essentiels de la responsabilité dans le *tort of negligence*⁶³. Afin de déterminer l'existence d'un *duty of care* de la part d'une autorité publique, il faut procéder à une analyse en deux étapes⁶⁴, qui peut être schématisée de la façon suivante⁶⁵:

60. *Nelles c. Ontario*, précité, note 2.

61. La source de cette règle est américaine et statutaire: *Federal Tort Claims Act*, U.S. 1946, c. 753, art. 2680; *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15, 735, Ct (1953). La distinction est introduite en droit anglais dans *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, puis en droit canadien dans *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, et appliquée au Québec à une municipalité dans *Laurentide Motels c. Beauport (ville)*, précité, note 2; la distinction a été précisée par le juge Cory dans *Just c. Colombie Britannique*, précité, note 2, 1242-1245. Mentionnons qu'en droit fédéral la distinction est précisément prévue dans la *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), c. C-50, art. 8. Un auteur s'est interrogé à savoir si la distinction s'applique à la Couronne québécoise malgré l'article 94 C.p.c.: J.-D. ARCHAMBAULT, « Les sources de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public », (1992) 52 R. du B. 515-560; voir également Y. OUELLETTE, « Les recours en dommages contre le gouvernement et les fonctionnaires pour faute administrative », (1992) 26 R.J.T. 169-195, 189. Nous sommes d'avis que cette distinction s'applique clairement à la Couronne québécoise, c'est d'ailleurs l'opinion de R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, p. 987.

62. La notion de *duty of care* ne doit pas être confondue avec l'obligation de diligence en droit civil.

63. Rappelons les quatre autres éléments du *tort of negligence*: *standard of care*, *injury*, *causation*, *no remoteness*.

64. Cette analyse est décrite ainsi dans l'affaire *Anns*, précitée, note 61, 751-752, citée et traduite dans *Just c. Colombie Britannique*, précité, note 2, 1235: « En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne — auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence [*a prima facie duty of care*]. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation. »

65. Ce tableau est emprunté à C. HARLOW, *op. cit.*, note 9, p. 56.

- A) Lorsqu'elle exerce un pouvoir statutaire, l'autorité publique passe par deux étapes :
- 1) L'étape discrétionnaire où est décidé si le pouvoir sera utilisé et, dans l'affirmative, quand et comment il le sera ;
 - 2) L'étape opérationnelle, elle-même subdivisée en deux sous-étapes :
 - 1 — organisation du plan, qui inclut une mesure de discrétion ;
 - 2 — réalisation du plan, qui est opérationnel ;
- B) À l'étape et à la sous-étape discrétionnaires, soit 1) et 2)1, l'autorité a un devoir d'exercer ses pouvoirs honnêtement et raisonnablement ; si elle respecte ce devoir, elle n'a pas de *duty of care* envers les citoyens ;
- C) À toutes les étapes opérationnelles, l'autorité a un *duty of care* et est soumise au même régime de droit que les particuliers.

Cette distinction a suscité de nombreuses critiques, tant de la part des défenseurs de l'assujettissement accru au droit privé que des défenseurs d'un régime autonome ou mixte. Ils ont souligné la difficulté de distinguer entre les décisions de nature politique et les décisions d'exécution de ces politiques et l'ambiguïté d'une telle distinction⁶⁶. En effet, il est parfois difficile de trancher si un acte est de nature politique ou de nature opérationnelle. C'est le contexte qui, bien souvent, définit la nature de l'acte⁶⁷.

Quelques auteurs ont tenté d'établir une série de critères permettant de définir les deux types de décisions, dont deux auteurs de manière plus élaborée. M^e Jacques Hardy établit tout d'abord que la raison d'être de l'immunité pour les décisions de nature politique réside dans le fait que « ce sont les élus, et pas les tribunaux, qui ont pour fonction de gouverner⁶⁸ ». En tentant de définir la décision de nature politique, il étudie trois éléments, soit le critère de discrétion, l'établissement d'une norme d'application générale et impersonnelle et les considérations relatives à l'électorat et à la bonne administration publique. Il conclut toutefois, après analyse de la jurisprudence, qu'aucun de ces éléments n'est déterminant pour reconnaître une décision de nature politique⁶⁹.

66. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 1015-1016 ; A.M. LINDEN, *op. cit.*, note 56, pp. 353-354 ; J. HARDY, « Nouveau code civil, discrétion administrative et responsabilité extracontractuelle de l'État et des personnes morales de droit public : concepts et pratique », dans *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, *op. cit.*, note 17, pp. 267, 275 ; K. WOODALL, *loc. cit.*, note 3 ; P. GARANT, *loc. cit.*, note 3 ; C. HARLOW, *op. cit.*, note 9.

67. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 1015-1016. Les auteurs donnent en exemple l'interprétation erronée d'un texte législatif où la jurisprudence leur apparaît hésitante. L'interprétation d'un texte n'est pas en soi un acte de gestion ou de politique ; tout dépend de qui interprète et du contexte.

68. J. HARDY, *op. cit.*, note 66, p. 275.

69. *Id.*, p. 276 et suiv.

Par ailleurs, le professeur Cohen établit une grille des questions utilisées par les tribunaux pour qualifier les décisions administratives :

- 1 — Existait-il une norme de conduite en regard de laquelle le comportement du fonctionnaire peut-être jugé ?
- 2 — S'agissait-il d'une décision de routine ?
- 3 — La décision exigeait-elle l'exercice d'un grand pouvoir discrétionnaire ?
- 4 — Quel genre d'intérêts étaient en jeu ?
- 5 — Le préjudice a-t-il été infligé de façon délibérée ou involontairement ?
- 6 — Quelle était la nature de l'activité gouvernementale supposément entachée de négligence ?
- 7 — Quelle était la position de la personne qui a pris la décision ?
- 8 — Le préjudice est-il le fait d'une partie qui peut être identifiée ?
- 9 — Y a-t-il plus d'une victime ?
- 10 — La décision contestée entraînait-elle l'attribution de ressources⁷⁰ ?

Bien qu'il soit l'auteur qui établisse la grille d'analyse des décisions administratives la plus détaillée, le professeur Cohen est d'opinion que la distinction politique/exécution est entièrement artificielle. Cette distinction lui paraît entraîner des jugements inconsistants qui définissent de manière simpliste les décisions de nature politique par opposition aux décisions opérationnelles.

D'autres critiques sont adressées à la distinction politique/exécution. Le concept de discrétion au centre de la distinction semble trop ambigu pour établir une base claire de distinction et ne permet pas de dissocier adéquatement les activités gouvernementales des activités non gouvernementales⁷¹. La distinction apparaît à certains inutile, indésirable et incohérente⁷². Les raisons sont toutefois fort différentes d'un auteur à l'autre. Alors que certains considèrent que la distinction entraîne un élargissement de la responsabilité administrative en permettant de qualifier trop souvent les décisions d'opérationnelles⁷³, d'autres, au contraire, sont d'avis que la distinction occasionne trop fréquemment une immunité pour les décisions de nature politique⁷⁴. Les premiers invitent parfois les gouvernements à

70. D. COHEN, « The Public and Private Law Dimensions of the UFFI Problem : Part II », *loc. cit.*, note 11, traduit dans A.M. LINDEN, *op. cit.*, note 56, p. 353.

71. K. WOODALL, *loc. cit.*, note 3.

72. J.A. SMILLIE, *loc. cit.*, note 9 ; D. GALLOWAY, *loc. cit.*, note 3.

73. L.A. REYNOLDS et D.A. HICKS, *loc. cit.*, note 3. La distinction est qualifiée de « verbiage » par ces auteurs qui considèrent que la Cour suprême, par l'entremise de cette distinction, est en train d'accroître la responsabilité de l'Administration publique en épousant la philosophie de justice distributive ; P. GARANT, *loc. cit.*, note 3. L'auteur critique l'élargissement de la notion de décision opérationnelle faite dans l'affaire *Just* qui, dit-il, brouille inutilement les concepts et permet de contester des éléments de politique. Il propose carrément de revenir à l'approche plus simple, selon lui, adoptée dans l'arrêt *Barrat c. North Vancouver*, (1980) 2 R.C.S. 418.

74. A.M. LINDEN, *op. cit.*, note 56, pp. 353-354 ; J. HARDY, *op. cit.*, note 66, pp. 300-301.

freiner cet élargissement de la responsabilité administrative en adoptant des dispositions d'immunité⁷⁵. Les seconds considèrent que les tribunaux devraient adopter d'autres bases que la distinction politique/exécution qui permettraient un minimum d'application objective et une indemnisation juste et équitable des victimes de l'action administrative et tiendraient compte de la spécificité des activités étatiques⁷⁶:

Toutefois, elle [la distinction politique/exécution] ne règle pas tous les problèmes d'adaptation du droit privé aux activités étatiques. Il subsiste à cet égard plusieurs difficultés, par exemple l'absence de principes permettant de sanctionner la faute anonyme, c'est-à-dire la faute du service public dans les cas de dysfonctionnement de l'appareil gouvernemental ou de maladministration qui ne sont attribuables à aucun préposé en particulier; soulignons aussi l'absence de règles permettant de dédommager ceux qui subissent un préjudice dans le cadre d'opérations qui profitent à l'ensemble de la société, lacune dont l'affaire *Lapierre* est la plus belle illustration. Seules l'évolution jurisprudentielle ou l'intervention du législateur pourront apporter à ces situations des solutions satisfaisantes⁷⁷.

Quoi qu'il en soit, après un débat doctrinal maintenant clos sur le maintien du concept au Canada⁷⁸, une revue de la jurisprudence récente

-
75. L.A. REYNOLDS et D.A. HICKS, *loc. cit.*, note 3; L.N. KLAR, « The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities », (1990) 28 *Alta L. R.* 648-664. Cette invitation n'est pas sans susciter des critiques. M. BÉLANGER, « La responsabilité de l'État et ses sociétés en environnement », dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux: aspects canadiens et européens*, Actes des Journées strasbourgeoises, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 438, s'exprime ainsi: « Une telle approche, généralisée ou appliquée indistinctement à toute décision émanant d'une autorité publique donnée, nous apparaîtrait fort critiquable. Il ne faut pas perdre de vue que les tribunaux, en limitant progressivement l'étendue de l'immunité de l'État, n'ont fait qu'assurer le contrepois des conséquences néfastes de son intervention croissante dans presque tous les aspects du quotidien. L'État ne saurait du moins se mettre à l'abri des poursuites civiles sans avoir envisagé la possibilité d'instituer un régime d'indemnisation à l'intention des inévitables victimes du système. »
76. J. HARDY, *op. cit.*, note 66, pp. 300-301. Pour des propositions de remplacement, voir: J.A. SMILLIE, *loc. cit.*, note 9; K. WOODALL, *loc. cit.*, note 3.
77. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 1014-1015.
78. Ce débat est survenu à la suite de l'arrêt anglais *Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 3 W.L.R. (H.L.E.) 414, qui remet en cause l'approche en deux étapes de l'arrêt *Anns* et, conséquemment, l'utilisation de la distinction politique/exécution. Pour une analyse de l'arrêt *Murphy* et de ses suites, voir: L.N. KLAR, « L'obligation de diligence en droit des délits civils: bilan et perspective », dans P. LEGRAND jr. (dir.), *op. cit.*, note 39, p. 209; E.A. CHERNIAK et K.F. STEVENS, « Two Steps Forward or One Step Back? *Anns* at the Crossroad in Canada », (1992) 20 *Can. Bus. L.J.* 164-179; D. COHEN, *loc. cit.*, note 32. Malgré l'opinion de certains auteurs, la Cour suprême a clairement établi dans *Rothfield c. Manolakas*, précité, note 2, que l'arrêt *Anns* continuerait de s'appliquer au Canada. De plus, l'application de la distinction dans deux arrêts très récents ne laisse plus planer aucun doute sur le maintien du principe au Canada: *Brown c. Colombie-Britannique*, Cour suprême du Canada, 17 mars 1994; *Swinamer c. Nou-*

démontre qu'il ne fait aucun doute que la distinction continue d'être appliquée par les tribunaux, et ce, tant au Québec⁷⁹ que dans les autres provinces canadiennes⁸⁰ ainsi qu'en Cour fédérale⁸¹. La distinction devrait toutefois être raffinée :

La distinction « policy/operation » laisse donc place à bien des débats et développements en droit administratif. Il reste encore à mieux préciser les deux concepts clés qu'elle met en opposition, en sachant qu'une organisation complexe comme l'Administration donne lieu à des situations originales, et quelquefois uniques, qui cadrent difficilement à toute forme de catégorisation⁸².

Bref, les règles de droit privé apparaissent inadéquates dans leur application à la responsabilité administrative parce qu'elles ne tiennent pas compte de la spécificité de l'action administrative et du caractère souvent anonyme de la faute commise par l'Administration publique. Les règles de droit public, notamment la distinction politique/exécution, adoptées par les tribunaux pour pallier les lacunes des règles de droit privé ne sont pas

velle-Écosse, Cour suprême du Canada, 17 mars 1994. À noter que la Cour suprême a récemment spécifié dans l'arrêt *CN c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, 1167, qu'elle ne suivrait pas l'arrêt *Murphy* sur la règle de common law d'exclusion des dommages de nature purement pécuniaire.

79. Pour l'application récente de la distinction au Québec après l'arrêt *Just*, voir pour les décisions d'exécution : *Michaud c. Ville de Québec*, J.E. 93-576 (C.A.); *L'Union canadienne, compagnie d'assurances c. Ville de Warwick*, [1992] R.R.A. 661 (C.A.); *Aetna, compagnie d'assurances du Canada c. Montréal*, J.E. 93-1281 (C.S.); *Ferme G. Maurice Inc. c. St-Claude*, J.E. 93-987 (C.S.) (en appel); *Thibault c. Rock Forest*, J.E. 93-1268 (C.S.) (en appel); *Boman Fabrics Ltd. c. St-Léonard (ville de)*, [1992] R.R.A. 687 (C.S.) (en appel); *Compagnie d'assurances générales Dominion du Canada c. Heights*, [1992] R.R.A. 311 (C.S.); *Prudentielle, compagnie d'assurances Ltée. c. Ste-Foy (ville de)*, [1992] R.R.A. 585 (C.S.) (en appel); *Asselin c. St-Hyacinthe*, J.E. 91-21 (C.S.); *Caisse populaire St-Pierre de Drummondville c. Drummondville (ville de)*, [1991] R.R.A. 325 (C.S.); *2160-6892 Québec Inc. c. Ste-Thérèse*, [1989] R.J.Q. 1991 (C.S.) (en appel); *Kirouac c. Warwick*, J.E. 93-703 (C.Q.). Pour une décision de nature politique, voir : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Dolbeau*, J.E. 91-644 (C.S.) (en appel). On peut remarquer que les décisions administratives sont beaucoup plus souvent qualifiées de nature opérationnelle que de nature politique.
80. Voir pour les décisions d'exécution : *Just c. Colombie Britannique*, (1991) 60 B.C.L.R. 209 (S.C.B.C.) (cette décision fait suite au renvoi en première instance par la Cour suprême); *Arsenault v. Charlottetown*, [1992] P.E.I.J. n° 37 (P.E.I.C.A.); *Mortimer v. Cameron*, (1992) 9 M.P.L.R. (2d) 185; *Ploughman v. Newfoundland*, (1992) 101 Nfld. & P.E.I.R. 8 (Nfld. S.C.); *Erickson v. Elson*, B.C.S.C., Vancouver, Doc. B894631, 6 août 1992, j. Thackray; *Moffat v. White Rock*, B.C.S.C., Vancouver, Doc. C914525, 2 décembre 1992. Pour une décision de nature politique, voir : *Birsh Builder Ltd. v. Esquimalt*, (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 208 (B.C.C.A.).
81. *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 25 (C.F.A.); *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministère des pêches et des océans)*, [1992] 3 C.F. 54 (C.F.); *Swanson c. Canada (Ministère des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408 (C.F.A.).
82. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, p. 1016.

suffisantes. Une réforme de la responsabilité administrative est donc nécessaire, mais l'orientation d'une telle réforme est tributaire des valeurs privilégiées.

En définitive, l'orientation d'une réforme de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique apparaît reposer sur un choix de valeurs fondamentalement politique⁸³ et philosophique. Un choix politique, en ce sens que la réforme suggérée dépend de la conception du rôle d'un État moderne et des intérêts à protéger de l'action étatique. La recherche, chez certains, d'une plus grande justice sociale par la dilution de la charge des dommages par l'État s'oppose à la nécessité, pour d'autres, d'éviter une avalanche de poursuites et l'imposition de coûts potentiellement exorbitants à l'Administration publique. Un choix philosophique, puisque tout changement suggéré sous-tend une préférence pour une fonction de la responsabilité. Pour les partisans de l'application de principe du droit privé, une fonction essentielle de la responsabilité doit être la prévention des comportements indésirables de l'Administration ; la faute doit donc demeurer le critère central de la responsabilité. À l'opposé, les défenseurs de l'institution d'un régime autonome de droit public ou d'un régime mixte insistent sur la fonction d'indemnisation ; la fonction de prévention, bien qu'elle soit importante, devrait être secondaire selon eux. Bref, l'orientation d'une réforme de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique repose sur un choix entre un système fondé sur un modèle de justice commutative ou un modèle de justice distributive.

1.2 Les propositions de réforme

Selon l'orientation choisie, les valeurs privilégiées et le modèle de justice adopté, les auteurs proposent différents types de réforme. Ces propositions peuvent se regrouper en trois catégories. Dans la première, les réformes visent l'assujettissement accru au droit commun ou proposent certaines adaptations aux règles de droit privé. Dans la seconde, les réformes ont pour objet la création d'un régime mixte constitué de règles de droit privé et de règles de droit public exorbitantes du droit privé. Dans la dernière, les réformes ont comme objectif l'institution d'un régime de droit public autonome. Ces catégories de réforme sont étudiées successivement dans les trois sections qui suivent.

83. H. BUCH, *op. cit.*, note 17, p. 263, s'exprime en ces termes : « La question de la « responsabilité » de la fonction publique est l'une de celles où apparaît clairement l'impact du Droit et de la Politique, cette dernière conçue au sens de la « *Politéia* » d'Aristote, c'est-à-dire de la disposition et de l'agencement, de l'utilisation et de l'appréciation de l'ensemble des forces matérielles et morales, intellectuelles et spirituelles, rationnelles et émotionnelles, individuelles et collectives de la Société et de l'État. »

1.2.1 L'application accrue du droit privé

Un certain nombre d'auteurs proposent l'application accrue du droit privé avec cependant certaines dérogations⁸⁴. Les propositions du rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario⁸⁵ sur la responsabilité administrative illustrent bien ce courant doctrinal.

Afin de moderniser le statut de la Couronne, la Commission propose d'abolir un certain nombre d'immunités et de privilèges anormaux et injustifiés, selon elle, dont continue de jouir la Couronne à l'égard des particuliers. La Commission propose d'étendre la responsabilité de la Couronne ontarienne, en éliminant ce qui subsiste à titre résiduel de l'immunité de responsabilité de principe prévue en common law, et d'abolir les privilèges de la Couronne en soumettant celle-ci aux mêmes règles de procédure que les particuliers. De plus, la responsabilité directe de la Couronne devrait être étendue et non plus restreinte aux trois seuls cas prévus actuellement par la loi ontarienne^{85a}, soit la responsabilité en qualité d'employeur, la responsabilité liée aux biens et la responsabilité pour violation d'une obligation légale. La responsabilité personnelle des préposés devrait être maintenue puisque, selon la Commission, il est préférable d'imputer la responsabilité au préposé, même de bonne foi, plutôt que de ne pas indemniser une victime. La Commission recommande donc l'abolition des dispositions d'immunité protégeant les préposés. Afin de les protéger contre une responsabilité éventuelle, la Commission propose la création d'un régime d'indemnisation pour les préposés.

Par ailleurs, la Commission étudie certaines propositions d'institution de règles particulières exorbitantes du droit commun pour les rejeter l'une après l'autre⁸⁶, le droit des *torts* ayant su, à son avis, s'adapter de façon satisfaisante aux activités du secteur public.

1.2.2 La création d'un régime mixte

Un fort courant doctrinal⁸⁷ s'oppose aux tenants de l'application accrue du droit privé. L'état actuel du droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique est considéré comme insatisfaisant en ce qu'il ne répond plus aux exigences de la vie moderne en société ainsi

84. Voir la liste des auteurs, *supra*, note 9.

85. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *op. cit.*, note 9.

85a. *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1980, c. 393.

86. À noter que la Commission royale d'enquête sur la réforme du droit administratif en Angleterre s'est également penchée sur l'éventualité d'instituer des règles particulières pour la responsabilité administrative et a rejeté cette idée : voir S.A. DE SMITHS, *op. cit.*, note 47, pp. 10-11.

87. Voir la liste des auteurs, *supra*, note 10.

qu'à la conception moderne de la justice sociale. Un régime mixte⁸⁸ constitué de règles de droit privé et de règles de droit public exorbitantes du droit commun apparaît nécessaire pour pallier les insuffisances et les lacunes du droit actuel. L'introduction de principes appliqués en droit administratif français est souvent réclamée, notamment le principe de faute de service et le principe de responsabilité sans faute reposant sur les notions de risque et d'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques⁸⁹. Il convient donc de présenter brièvement les principes de la responsabilité administrative en droit français⁹⁰. Les propositions d'adoption des principes de droit français sont ensuite analysées.

La responsabilité administrative est en principe soumise, en France, à un régime particulier devant une juridiction distincte, soit les tribunaux administratifs. Ce régime a une dualité de fondements : la norme est le régime général de responsabilité pour faute et l'exception, un régime particulier de responsabilité sans faute.

La responsabilité pour faute est liée non pas à une faute personnelle du préposé, mais à une faute de service⁹¹. Le juge administratif ne cherche pas à trouver l'auteur du fait dommageable pour rattacher ensuite ce fait à l'Administration ; il se demande plutôt quel était le service compétent dont le fonctionnement défectueux a causé le préjudice. La faute de service peut

88. C. SOUCY, *op. cit.*, note 17, p. 331, propose que « les fonctions spécifiques [de l'Administration publique] pourraient plutôt commander l'application d'un droit distinct, d'un régime de droit public spécial, ou du moins d'un régime mixte ».

89. Il est intéressant de noter que ces idées sont plus souvent avancées par la doctrine québécoise que par la doctrine anglo-canadienne.

90. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 5^e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1990, pp. 831-949 ; J. MOREAU, *Droit administratif*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, pp. 363-416 ; J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1983 ; G. PEISER, *Droit administratif : actes administratifs, organisation administrative, police, service public, responsabilité, contentieux administratif*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 1991, pp. 142-156 ; J. RIVERO, *Droit administratif*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 1990, pp. 336-387 ; J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif, cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, pp. 603-642. Je tiens à remercier le professeur Christian Debouy de l'Université de Poitiers qui a apporté des commentaires judicieux sur une première ébauche de la section 1.2.2 alors qu'il était professeur invité à l'Université de Montréal à l'automne 1992.

91. Certains auteurs distinguent la faute *de* service (l'auteur de la faute est identifié) et la faute *du* service (faute anonyme). Voir notamment S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, p. 325. D'autres, par contre, spécifient qu'il n'y a plus lieu de faire la distinction puisque « dans un cas comme dans l'autre la personne des agents reste totalement étrangère au débat juridique » : J. RIVERO, *op. cit.*, note 90, p. 353.

être définie comme une défaillance dans le fonctionnement normal du service, incombant à un ou plusieurs agents de l'administration, mais non imputable à eux personnellement⁹². Ce fonctionnement anormal peut résulter de retards, d'omissions dans l'application d'un service, d'illégalités⁹³, de défauts d'entretien, de surveillance ou de contrôle, ou encore de maladresses ou de négligence. Certains paramètres doivent être considérés dans l'appréciation d'une faute de service tels les circonstances, les moyens d'action du service, la prévisibilité du préjudice⁹⁴. En principe, le critère de la faute est celui de la faute simple. Toutefois, de nombreuses activités particulièrement délicates à exercer exigent la présence d'une faute lourde. Il en va ainsi, notamment, de la lutte contre les incendies, des activités matérielles des services de police et des services pénitentiaires et des activités administratives de tutelle et de contrôle. Bien que la charge de la preuve de la faute de service incombe en principe à la victime, la technique de la présomption de faute est souvent appliquée en jurisprudence, par exemple dans le cas des dommages subis par les usagers des travaux publics et dans les soins courants en milieu hospitalier⁹⁵ entraînant des conséquences graves.

Il y a cependant quelques cas de dérogation au principe de la compétence de la juridiction administrative. La commission d'une faute personnelle « détachable du service » entraîne la compétence de la juridiction

92. J. RIVERO, *op. cit.*, note 90, p. 352. L'auteur précise le sens de « défaillance dans le fonctionnement normal du service » : « De tout service, on est fondé à attendre un certain niveau moyen, variable d'ailleurs selon sa mission et selon les circonstances ; la faute apparaît au-dessus de ce niveau. »

93. Toute décision illégale est une faute en droit administratif français pourvu que le préjudice soit direct et certain (comme dans tous les autres cas de responsabilité) et que l'illégalité ne repose pas sur un vice de forme ou de procédure. Voir J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, note 90, p. 624.

94. Selon J. RIVERO, *op. cit.*, note 90, p. 353, la norme d'appréciation est une norme concrète : « pour décider, dans chaque espèce, s'il y a faute ou non, [le juge administratif] se demande ce qu'on était, dans ce cas, en droit d'attendre du service, compte tenu de la difficulté plus ou moins grande de sa mission, des circonstances de temps [...], de lieu, des ressources dont disposait le service en personnel et en matériel, etc. ». Par contre, selon S. RIALS, *op. cit.*, note 91, pp. 325-326, la faute s'apprécie *in abstracto*. Le juge, selon lui, se réfère à un « service type, unique, vis-à-vis duquel l'utilisateur peut avoir certaines exigences et pas d'autres ». Le modèle lui apparaît souvent être celui du « bon père de famille » parce que, dans la plupart des cas, « la faute administrative ne présente aucune spécificité par rapport à la faute d'un particulier » (*id.*, p. 310).

95. À noter que les établissements publics tels les hôpitaux, les universités et les lycées font partie de l'Administration publique en France.

judiciaire et la responsabilité personnelle du préposé de l'Administration⁹⁶. Pour être détachée du service, la faute doit cependant être très grave, et les cas sont rarissimes en jurisprudence. Trois groupes de cas peuvent être dégagés : les actes se détachant matériellement de l'exercice des fonctions, c'est-à-dire commis hors du temps ou du lieu de l'exercice des fonctions, les actes se détachant psychologiquement de l'exercice des fonctions, comme l'intention de nuire ou la recherche d'un intérêt personnel, et les fautes professionnelles caractérisées tels les manquements à la déontologie ou les actes délictueux ou criminels.

Par ailleurs, les tribunaux administratifs ont institué dans certains cas un régime de responsabilité sans faute (aussi appelée responsabilité objective)⁹⁷. Ce régime ne laisse aucune place à la notion de faute et, en corollaire, l'Administration ne peut échapper à la responsabilité en tentant de démontrer l'absence de la commission d'une faute. C'est donc un régime très favorable à la victime⁹⁸. Il présente un certain intérêt pour l'Administration puisque sa condamnation ne repose sur aucun jugement de son comportement⁹⁹. Il représente également un intérêt pour le droit puisque le juge administratif, n'ayant pas à qualifier un comportement, peut rendre un jugement plus simple et plus rapide.

Le régime de responsabilité sans faute repose sur deux considérations : la notion de risque et le principe de rupture de l'égalité devant les charges publiques. La responsabilité sans faute fondée sur la notion de risque s'explique par le fait que le dommage est le résultat d'un risque que l'Administration a fait courir à un administré et que l'on estime juste et équitable de l'indemniser. Trois séries d'hypothèses peuvent être dégagées. La première série d'hypothèses est rattachée à l'exposition à des dangers particuliers : ce peut être l'exposition à des choses dangereuses (tel l'emploi d'armes à feu), l'exposition à des méthodes dangereuses (par

96. Outre la théorie de la faute personnelle détachable, il existe d'autres systèmes jurisprudentiels dérogatoires, soit ceux fondés sur : 1) la théorie de la gestion privée ; 2) la théorie des services industriels et commerciaux ; et 3) la théorie de la voie de fait et l'emprise irrégulière. Il existe également une quinzaine de systèmes législatifs dérogatoires dont la responsabilité des membres de l'enseignement et les accidents causés par des véhicules.

97. « [La responsabilité sans faute est une] technique qui permet de préserver des valeurs jugées essentielles » : S. RIALS, *op. cit.*, note 91, p. 489 ; « [Le régime de responsabilité sans faute est] un des domaines où la créativité prétorienne s'est montrée audacieuse, parvenant à des solutions rigoureuses autant qu'équitables » : J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, note 90, p. 605.

98. Toutefois, la responsabilité sans faute semble entraîner en général une indemnisation moindre que la responsabilité pour faute. Voir S. RIALS, *op. cit.*, note 91, p. 440 et suiv.

99. *Ibid.*

exemple les libérations conditionnelles et la désinstitutionnalisation de patients atteints de maladie psychiatrique), ou l'exposition à des situations dangereuses (tel le cas d'une institutrice enceinte alors qu'une épidémie de rubéole sévit dans son école et qui donne naissance à un enfant handicapé), ou encore dans l'hypothèse d'une loi qui prévoit la responsabilité sans faute basée sur la notion de risque (par exemple, dans le cas de la vaccination obligatoire). Deuxièmement, il existe une responsabilité sans faute basée sur la notion de risque au profit des collaborateurs occasionnels de l'Administration. Dans ce cas, il faut que le collaborateur ait apporté bénévolement son concours à une mission de service public, par exemple dans le cas de sauvetage de noyés. Enfin, la responsabilité sans faute est basée sur la notion de risque dans le cas des dommages subis par les tiers, et non les usagers, et causés par des ouvrages ou travaux publics.

La deuxième considération sur laquelle repose la responsabilité sans faute est le principe de rupture de l'égalité devant les charges publiques. Le principe d'égalité devant les charges publiques peut être expliqué ainsi :

L'action administrative s'exerce dans l'intérêt de tous : si les dommages qui en résultent pour quelques-uns n'étaient pas réparés, ils seraient sacrifiés à la collectivité, sans que rien puisse justifier pareille discrimination ; l'indemnisation rétablit l'équilibre rompu à leur détriment¹⁰⁰.

Une controverse semble animer la doctrine française sur le rôle du principe de l'égalité devant les charges publiques. Pour plusieurs auteurs, le fondement de la responsabilité pour faute *et* de la responsabilité sans faute est le principe de rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁰¹. Or, il importe de distinguer entre l'utilisation de ce principe comme fondement général de tout le régime de la responsabilité, y compris le régime de responsabilité pour faute, et l'application du principe comme une des deux considérations de la responsabilité sans faute¹⁰². Malgré l'utilisation

100. J. RIVERO, *op. cit.*, note 90, p. 340.

101. Pour une liste de ces auteurs, voir : P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 376, cité par R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, p. 837.

102. Comme l'explique J. RIVERO, *op. cit.*, note 90, pp. 360-361 : « Le principe de l'égalité de tous devant les charges publiques est considéré par de nombreux auteurs comme la justification de toutes les hypothèses de responsabilité. Mais, normalement, la rupture de cette égalité n'est génératrice de responsabilité qu'autant qu'elle résulte d'une faute, ou de la réalisation d'un risque ; ici, elle joue en quelque sorte à l'état pur, et constitue à elle seule le fait générateur de la responsabilité. » Dans leur traité, R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, p. 837, note 482, déclarent ceci : « le droit administratif français, à défaut de constituer la faute comme fondement de la responsabilité, la retient néanmoins comme condition de celle-ci pour limiter le fardeau financier de l'Administration. En conséquence, malgré cette théorie [l'égalité devant les charges publiques], la responsabilité pour faute demeure le droit commun de la responsabilité [...] On serait

du principe comme fondement général de tout le régime de la responsabilité, la plupart des auteurs consultés distinguent la responsabilité sans faute pour risque de la responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques et traitent séparément les deux hypothèses¹⁰³.

La responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques se distingue de la responsabilité pour risque par le fait que le préjudice indemnisable doit être anormal et spécial¹⁰⁴. Il doit être spécial, en ce sens qu'il ne touche qu'un nombre restreint de victimes, et anormal, en ce sens qu'il atteint un certain degré d'importance par rapport à la gêne et aux inconvénients ordinaires de la vie en société qui, eux, doivent être supportés sans aucune indemnisation¹⁰⁵. En pratique, il semble que la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques soit peu utilisée et qu'elle soit exceptionnelle par rapport à la responsabilité fondée sur la notion de risque. Les trois grandes hypothèses de la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques sont la responsabilité pour dommages permanents de travaux publics, la responsabilité du fait de décisions administratives régulières (individuelles ou réglementaires) et la responsabilité du fait de lois ou de conventions internationales.

Mentionnons que, dans tous les cas de responsabilité, la victime doit désigner avec exactitude la personne publique responsable sous peine de rejet de l'action. Cette règle se justifie par le fait que le juge administratif

donc tenté de dire avec R. Chapus, qu'en faisant de ce principe le fondement de tout le droit administratif, la doctrine française a cédé à la tentation de « justifier toutes les hypothèses de responsabilité par une idée unique ». Quoi qu'il en soit, il est reconnu par la doctrine française que cette idée d'égalité devant les charges publiques a contribué à élargir le domaine de la responsabilité administrative. Toutefois, il est important de noter que les tribunaux n'admettent l'application de ce principe d'égalité que lorsque le dommage subi a un certain caractère anormal et spécial. »

103. Pour une opinion contraire, voir : J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, note 90, p. 663. L'auteure considère que les deux principes ne sont nullement exclusifs ; toutefois, elle les traite aussi séparément.

104. J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, note 90, p. 633, explique ceci :

La notion de dommage anormal et spécial n'a fait l'objet d'aucune définition par le Conseil d'État. De la jurisprudence, il ressort :

- que ces caractères sont complémentaires ;
- mais qu'ils sont irréductibles : tout préjudice anormal n'est pas nécessairement spécial et inversement.

105. Tout préjudice corporel est considéré comme anormal par nature. Un préjudice matériel peut être anormal par nature ou anormal par sa durée (la destruction d'une maison par des travaux publics, par exemple, est considérée comme un préjudice anormal par sa nature, alors qu'un certain degré de gêne au cours de travaux publics est considéré comme normal ; une incidence réelle sur le chiffre d'affaires d'un commerce sera toutefois réputée anormale par sa durée).

impute au patrimoine de la personne publique en cause la responsabilité d'indemniser.

Après étude, il est tentant de conclure que le régime de la responsabilité administrative du droit français semble placer au centre de ses préoccupations la juste indemnisation des victimes¹⁰⁶ et qu'ainsi il soit basé sur un modèle de justice distributive. Il n'est donc pas surprenant qu'il soit pris pour modèle par les partisans d'un régime mixte ou d'un régime autonome de droit public¹⁰⁷.

Certains auteurs considèrent que la notion de faute de service du droit français devrait être adoptée par les tribunaux¹⁰⁸. La dépersonnalisation de la notion de faute correspondrait mieux à la nature des activités administratives. En effet, la référence à l'action directe ou indirecte d'un préposé particulier est inadaptée au fonctionnement complexe et anonyme de l'Administration publique contemporaine. Ainsi, il est souvent difficile d'établir avec précision l'identité d'un fonctionnaire ayant commis la faute puisque celle-ci résulte souvent du mauvais fonctionnement d'un service entier. De plus, il y a un élément de justice sociale à ne pas faire supporter à la victime la charge d'un accident anonyme :

Certes pour les personnes privées, la faute consiste en un acte imputable à un individu déterminé ou à un préposé nommément identifié. Mais en droit public, exiger de la victime d'un dommage qu'elle établisse que la faute administrative dont elle se plaint a été commise par tel préposé nommément désigné, c'est lui imposer un fardeau beaucoup trop lourd. C'est ignorer qu'une administration publique moderne peut commettre des fautes dans l'organisation ou la planification de programmes sans qu'il soit possible d'attribuer une faute à un fonctionnaire déterminé¹⁰⁹.

Bien qu'une certaine jurisprudence semble s'orienter vers le rejet de l'exigence de la désignation de l'auteur du fait dommageable pour la responsabilité administrative, celle-ci apparaît encore timide¹¹⁰. Il faudrait admettre, selon les auteurs qui proposent l'adoption de la notion de faute de service, que la faute soit définie comme un manquement aux obligations du service ou un mauvais fonctionnement de celui-ci. La faute de service

106. J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, note 90, p. 605.

107. Le Régime français est également pris pour modèle pour une réforme de la responsabilité administrative du droit communautaire européen : *Recommendation No. R(84)15 on Public Liability*, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 18 sept. 1984, and Explanatory Memorandum (Strasbourg 1985), cité dans A.W. BRADLEY et J. BELL, *op. cit.*, note 1.

108. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 10 ; P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 10 ; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 1014-1015 ; C. SOUCY, *op. cit.*, note 17, pp. 330-331.

109. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 17, p. 494.

110. Voir *infra* la note 250 et le texte correspondant.

devrait, dans cette perspective, être appréciée selon une norme abstraite en se référant à un modèle de fonctionnement normal d'un service type, compte tenu des moyens concrets dont dispose le service en cause. La notion de « faute détachable du service » du droit administratif français devrait également être adoptée ; la responsabilité personnelle du préposé serait alors limitée aux cas où il agit en dehors de l'exercice de ses fonctions ou viole intentionnellement les obligations de sa fonction.

L'adoption du concept de faute de service permettrait de simplifier les recours en responsabilité contre l'Administration, d'augmenter les garanties en faveur des administrés et d'adapter la responsabilité administrative à la nature impersonnelle et technique de l'Administration publique contemporaine.

Outre l'adoption de la faute de service, plusieurs auteurs estiment qu'un régime de responsabilité sans égard à la faute devrait être adopté dans des cas similaires à ceux où un tel régime est appliqué dans le droit administratif français. L'arrêt *Lapierre*¹¹¹ avait suscité l'espoir de voir naître un régime jurisprudentiel de responsabilité sans faute de l'État. La décision de la Cour suprême dans cette affaire, en rejetant la théorie d'une responsabilité sans faute basée sur la notion de risque ou sur la théorie de l'état de nécessité, a déçu plus d'un « administrativiste »¹¹². Malgré leur espoir déçu, plusieurs continuent de penser que les tribunaux pourraient adopter, dans certaines circonstances, un régime de responsabilité sans faute fondé sur la théorie du risque ou sur le principe français d'égalité devant les charges publiques. À noter que les auteurs basent généralement la responsabilité sans faute sur les deux considérations sans les distinguer comme le fait généralement la doctrine française.

La Commission de réforme du droit du Canada évalue l'opportunité d'accorder une place plus importante à l'idée de responsabilité sans faute basée sur la notion de risque pour certaines activités administratives, tels

111. *Lapierre c. Procureur Général du Québec*, précité, note 4. Pour un aperçu des faits et du débat entourant cette affaire, voir : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, p. 779 et suiv.

112. Notamment, R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, p. 783 : « L'impact de cette décision sur le développement du droit administratif est considérable. Si, il y a quelques années, nous pensions voir naître un régime général de responsabilité sans faute de l'État, cet espoir est maintenant disparu : comme auparavant, chaque cas particulier devra être prévu par la loi, selon le bon plaisir du législateur. Cette situation est sans doute regrettable pour ceux qui, comme les auteurs du présent Traité, auraient aimé que les interventions de l'État, de plus en plus envahissant, soient sanctionnées selon des principes généraux connus de tous. » Voir également G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 17, pp. 515-517.

les grands ouvrages, l'expérimentation scientifique et le fonctionnement de l'armée. Le caractère spécial et anormal¹¹³ de ces activités est susceptible d'engendrer des risques « hors série ». Sans que l'on puisse reprocher une quelconque faute à l'Administration, ces activités peuvent causer des dommages parce qu'elles constituent des activités dangereuses ou que les dommages causés dépassent les inconvénients normaux de relations de voisinage¹¹⁴. La Commission suggère de reconnaître que l'État exerce des activités qui font naître des risques « hors série » et que l'Administration devrait être tenue d'indemniser les préjudices causés par de telles activités. Dans la mesure où ces dommages surviennent dans le cours d'activités qui ont pour fin l'intérêt général, il devrait être possible d'invoquer des exigences de justice sociale pour ne pas pénaliser indûment un seul individu au profit de toute la collectivité¹¹⁵.

De plus, le principe d'égalité devant les charges publiques est souvent invoqué pour justifier l'instauration d'une responsabilité sans faute. Le professeur Côté considère que l'Administration publique agit au nom de la collectivité et, de ce fait, devrait se voir imposer des « servitudes de puissance publique » et devrait garantir l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques¹¹⁶. Le cas de fermeture d'une rue pour des travaux publics est donné en exemple d'une situation où ce principe serait beau-

113. Il est regrettable que la Commission emploie les termes « spécial et anormal » pour caractériser certaines activités administratives. Cela risque de susciter une certaine confusion avec l'emploi de ces termes pour caractériser le préjudice indemnisable en droit administratif français.

114. La Commission fait référence à la théorie de l'abus du droit de propriété qui est étudiée plus loin, *infra*, p. 528 et suiv.

115. Pour une critique de cette position, voir : D. COHEN, « Thinking about the State : Law Reform and the Crown in Canada », *loc. cit.*, note 11. L'auteur reproche à la Commission de n'avoir pas considéré les coûts associés aux régimes de responsabilité sans faute comparés à d'autres régimes d'indemnisation et de n'avoir pas analysé quels risques sociaux devraient être indemnisés. De plus, il est insuffisant, selon lui, de se baser sur le concept de justice sociale pour proposer ce type de réforme ; mais il est essentiel de se pencher sur les concepts politiques qui le sous-tendent comme les concepts de démocratie, de droit de propriété et de « tyrannie de la majorité ». Pour une critique plus « conservatrice », voir : P.W. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 115 et suiv. ; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *op. cit.*, note 9. La Commission écarte l'idée de fonder la responsabilité administrative sur la théorie du risque parce que cette approche entraîne la responsabilité autant pour les décisions valides que pour les décisions invalides.

116. P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 10.

coup mieux adapté que le principe de la faute¹¹⁷. La responsabilité sans faute devrait être reconnue dans le cas de préjudice spécial et anormal¹¹⁸.

Enfin, certains proposent l'établissement d'une responsabilité sans faute pour les décisions illégales¹¹⁹. Selon ces auteurs, le simple fait de l'illégalité devrait entraîner la responsabilité sans qu'il soit nécessaire de prouver une faute¹²⁰. La responsabilité sans faute pour les décisions illégales devrait s'appliquer à des activités administratives sans contrepartie en droit privé, telles la délivrance de permis, l'aide sociale et l'aide étatique aux entreprises privées¹²¹. À défaut d'adopter cette règle, les tribunaux devraient au moins distinguer l'illégalité résultant d'une « erreur juste » de l'illégalité résultant d'une erreur que n'aurait pas commise le « bon père de famille ». Le deuxième type d'illégalité devrait alors être considéré comme une faute¹²².

Par ailleurs, le professeur Carol Harlow propose un système mixte d'un type particulier¹²³. Bien que cet auteur soit d'accord avec l'application de principe du droit privé, il propose un vaste plan de réforme. Le droit de poursuivre l'État est, à son avis, un droit résiduel qui est en train d'être rapidement remplacé par des régimes législatifs d'indemnisation. Ces régimes doivent être pris en considération dans l'évaluation de l'adéquation et de la justice du système actuel de responsabilité administrative. Bien que ce système comporte certaines lacunes, celles-ci devraient être corrigées par le législateur grâce à une extension de la portée des régimes législatifs

117. *Ibid.* On voit ici un exemple de non-distinction entre les deux considérations de la responsabilité sans faute. En droit français, la responsabilité sans faute est basée sur la notion de risque dans le cas de dommages subis par les tiers et causés par des ouvrages ou travaux publics.

118. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 10. À noter que plusieurs auteurs défendant l'application de principe du droit privé sont d'avis de créer une exception pour les préjudices spéciaux et anormaux, *infra*, p. 500.

119. P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 10 ; P.P. CRAIG, *loc. cit.*, note 10. Pour un exposé de l'état du droit sur la responsabilité à la suite de décisions invalides de l'Administration, voir pour l'approche de droit civil : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 925-937 ; P.-G. JOBIN, « La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile ? », (1984) *R. du B.* 222-232 ; pour l'approche de common law : P.W. HOGG, *op. cit.*, note 9, pp. 100-101.

120. Pour une critique de cette proposition, voir : P.W. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 113 et suiv. ; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *op. cit.*, note 9.

121. P.P. CRAIG, *loc. cit.*, note 10.

122. P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 10. La jurisprudence semble adopter cette position : *Maska Auto Springs Ltée c. Ste-Rosalie*, précité, note 2 ; *Michaud c. Ville de Québec*, précité, note 79 ; *Caisse populaire St-Pierre de Drummondville c. Drummondville (ville de)*, précité, note 79.

123. C. HARLOW, *op. cit.*, note 9. Je remercie le professeur Yves Ouellette qui m'a aimablement prêté cet ouvrage pratiquement introuvable au Québec.

d'indemnisation sans égard à la faute, et non par la création de règles jurisprudentielles exorbitantes du droit privé.

Sur cette prémisse, l'auteur propose un système mixte, soit des régimes législatifs d'indemnisation et un rôle révisé du système judiciaire. Ces régimes législatifs d'indemnisation devraient être basés sur la théorie du risque et non sur la notion de faute. Lorsque les sommes impliquées ou le nombre de victimes sont trop minimes pour la mise en place de régimes législatifs, le système de paiements *ex gratia* lui apparaît parfaitement adéquat. Toutefois, afin d'éviter une discrétion gouvernementale injuste¹²⁴, ce système devrait être soumis à des normes et à des directives claires. L'auteur suggère d'utiliser le principe de droit français d'égalité devant les charges publiques et le concept de préjudice spécial et anormal pour rationaliser le système de paiements *ex gratia*. En ce qui concerne le rôle des tribunaux judiciaires, il devrait consister à superviser le fonctionnement des régimes législatifs d'indemnisation par l'intermédiaire d'un droit d'appel automatique. En l'absence de régime législatif d'indemnisation, les tribunaux devraient continuer d'appliquer les règles de droit privé. Cependant, le professeur Harlow concède une dérogation à l'application de principe du droit privé : les tribunaux devraient avoir la discrétion d'indemniser les particuliers subissant un préjudice sérieux et anormal lorsque cela leur apparaît juste et équitable¹²⁵.

En résumé, les auteurs qui considèrent qu'un régime mixte serait mieux adapté à la nature particulière de la responsabilité administrative proposent l'élargissement de la responsabilité directe par la notion de faute de service, l'adoption de la responsabilité sans faute fondée sur la notion de risque et sur le principe d'égalité devant les charges publiques dans le cas de préjudice spécial et anormal ainsi que dans le cas de décision illégale.

124. D'autres auteurs ont critiqué la discrétion gouvernementale dans le système de paiements *ex gratia*; notamment A.W. BRADLEY et J. BELL, *op. cit.*, note 1, p. 16: « L'expansion de la responsabilité gouvernementale n'est pas sans coûts. L'indemnisation des victimes des actes gouvernementaux est une charge pour les finances publiques, diminuant ce qui pourrait être disponible pour d'autres buts peut-être plus urgents ou importants. Ce n'est donc pas surprenant si les gouvernements préfèrent le système de paiements *ex gratia*. L'indemnisation peut alors être restreinte à ce que le gouvernement considère qu'il peut offrir... Toutefois, ce système n'assure pas un traitement équitable pour toutes les victimes de l'action gouvernementale (le gouvernement peut avoir ses raisons de favoriser un groupe plutôt qu'un autre) et les victimes ne sont pas nécessairement heureuses de recevoir la générosité plutôt qu'un droit à l'indemnisation. »

125. Un autre auteur défendant l'application de principe du droit privé propose la même dérogation : W. BISHOP, *loc. cit.*, note 9.

1.2.3 L'institution d'un régime entièrement autonome de droit public

Parmi les auteurs qui estiment que l'application de principe du droit privé n'est pas adaptée à la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique et qu'un régime autonome de droit public devrait être instauré, certains se distinguent nettement par l'ampleur des réformes suggérées. Alors que les auteurs étudiés à la deuxième section recommandent la création d'un régime mixte, certains préconisent l'institution d'un régime entièrement autonome de droit public¹²⁶.

Premièrement, la Commission de réforme du droit du Canada, bien qu'elle propose la création d'un régime mixte, considère comme opportun d'examiner, dans l'optique de l'évolution vers un régime de responsabilité sans faute, la possibilité de mener cette évolution à son aboutissement logique qui consiste, selon elle, à l'instauration d'un régime compensatoire universel. Une innovation de ce type permettrait de couvrir de nombreux dommages, y compris ceux que l'exercice de la prérogative royale prive de toute indemnisation. Un des avantages de la technique de l'assurance est la possibilité de remédier aux coûts et aux lenteurs du système actuel¹²⁷.

Le système proposé par la Commission présente une certaine analogie avec le système néo-zélandais d'indemnisation des victimes d'accident. Ce système est actuellement le plus important programme d'indemnisation sans égard à la faute à l'heure actuelle. Il couvre tous les types d'accident, tant ceux qui impliquent les particuliers entre eux que ceux qui impliquent les particuliers avec l'Administration publique. Le droit de poursuite privée est dénié et est remplacé par un programme d'assurance universelle¹²⁸.

Deuxièmement, le professeur Cohen propose une réforme d'envergure. Cette réforme est basée sur la théorie de l'*entitlement*, qui peut être traduit par le principe de droit à des avantages¹²⁹. Selon cette théorie, c'est à l'État qu'il appartient de décider des avantages dus aux particuliers.

126. Voir la référence à leurs écrits, *supra*, note 11.

127. Rappelons que, à la suite à l'arrêt *Lapierre* en Cour supérieure, certains auteurs prévoyaient l'émergence d'un État-assureur. Voir notamment G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 17, p. 515 et suiv. Cette prévision a été, comme on le sait, annihilée par la décision en Cour suprême.

128. Pour une analyse et une critique de ce système, voir : L.N. KLAR, « A Commentary on the New Zealand Accident Compensation Scheme », (1988) 26 *Alta L. R.* 319-329 ; L.N. KLAR, « New Zealand's Accident Compensation Scheme : A Tort Lawyer's Perspective », (1983) 33 *U. Toronto L.J.*, 80-107.

129. D. COHEN et J.C. SMITH, *loc. cit.*, note 11. Dans un article subséquent, le professeur Cohen mentionne toutefois qu'il n'est plus certain que cette théorie soit correcte : D. COHEN, « Thinking about the State : Law reform and the Crown in Canada », *loc. cit.*, note 11.

Mais, une fois ces avantages conférés à un groupe, tous les citoyens faisant partie de ce groupe devraient y avoir droit. Actuellement, lorsqu'un citoyen se voit dénier l'un de ces avantages et qu'il entame une poursuite judiciaire, les tribunaux analysent le litige selon les principes de responsabilité civile. La réforme suggérée consiste à ce que ce genre de litiges soit résolu par le principe de droit à des avantages, c'est-à-dire par une définition judiciaire des classes de bénéficiaires qui ont droit de réclamer l'avantage en cause. Cette théorie présume que tous les particuliers qui sont dans une situation similaire ont droit d'être traités également par l'État et de réclamer les mêmes avantages ou d'être indemnisés.

Afin de définir les critères permettant d'accorder le droit à l'avantage, les auteurs analysent le processus législatif et bureaucratique de prise de décision dans la répartition des avantages. Deux étapes peuvent être distinguées dans ce processus. La première étape est celle du *distributor* où le législateur décide de créer un nouveau programme de répartition d'avantages et désigne imparfaitement la classe de bénéficiaires. La deuxième étape est celle du *provider* où la classe de bénéficiaires est définie par l'action bureaucratique.

Le rôle des tribunaux serait de décider si le particulier exclu de la classe de bénéficiaires par une décision administrative individuelle devrait faire partie de cette classe de bénéficiaires. Si un particulier démontre qu'il est dans les mêmes conditions et circonstances que les particuliers qui reçoivent l'avantage, il devrait pouvoir recevoir cet avantage ou être indemnisé. Dans cette perspective, les tribunaux ne devraient pas rechercher une faute mais analyser les raisons du traitement particulier d'un individu par l'Administration publique. L'Administration devrait justifier l'exclusion du particulier de la classe de bénéficiaires. Par exemple, dans le cas de mise en application d'une loi tel un programme d'inspection de maisons en construction, un particulier qui démontrerait que sa maison n'a pas été inspectée et qu'il en a subi un préjudice, alors qu'il fait partie de la classe de bénéficiaires de ce règlement, pourrait être indemnisé à moins que l'Administration ne justifie l'exclusion de ce particulier du programme d'inspection.

L'intervention judiciaire dans le processus d'implantation du programme d'avantages devrait inciter l'Administration à préciser les normes d'octroi de ces avantages. Par ailleurs, cette théorie prévoit la responsabilité directe contre l'État et non contre un préposé en particulier¹³⁰.

130. Pour une critique de cette théorie, voir: P.W. HOGG, *op. cit.*, note 9, pp. 117-118; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *op. cit.*, note 9. La Commission repousse la proposition de fonder un régime nouveau sur la notion de droit à des

Enfin, un auteur américain, le professeur Schuck, propose une dernière réforme radicale de la responsabilité administrative¹³¹. Cette réforme est fondée sur le constat de la déficience du système américain de responsabilité administrative dont la base est aussi la responsabilité personnelle du fonctionnaire. La responsabilité directe de l'Administration devrait remplacer la responsabilité des fonctionnaires. La responsabilité directe augmenterait la probabilité d'indemnisation des victimes. Par ailleurs, l'inconduite des fonctionnaires pourrait être surveillée par un système interne de contrôles bureaucratiques. Toutefois, lorsque ces contrôles internes n'auraient pu prévenir les comportements indésirables, les tribunaux devraient pouvoir agir en tant que « réformistes bureaucratiques » en imposant une série de modes de réparation présentant un caractère d'ingérence de plus en plus marqué, soit le jugement déclaratoire, l'octroi de dommages, l'injonction prohibitive, l'injonction mandatoire et, finalement, l'injonction structurelle. Ce dernier mode de réparation permettrait aux tribunaux d'imposer au service administratif en cause un plan interne de réforme structurelle. En choisissant le mode de réparation adéquat, le tribunal devrait considérer le principe d'intrusion minimale du judiciaire dans la sphère bureaucratique, la capacité de réponse aux contrôles bureaucratiques démontrée par le service en cause, le principe de minimalisation des coûts d'application et l'importance des droits privés touchés par l'action administrative.

Toutes les réformes proposées par les trois courants doctrinaux pourraient être introduites par le législateur. Certaines de celles-ci, notamment les trois réformes proposées par les partisans d'un régime entièrement autonome de droit public, ne pourraient être introduites que par le législateur. Dans un contexte de récession économique et de restriction budgétaire, il semble douteux que les propositions d'institution d'un régime autonome de droit public par voie législative trouvent une oreille attentive auprès du gouvernement. Mais les autres réformes ne pourraient-elles pas être introduites par les tribunaux, sans la nécessité de l'intervention du législateur ? Après l'étude des différentes réformes proposées par les trois courants doctrinaux, les propositions basées sur le modèle français et

avantages pour le motif implicite que cette théorie entraînerait un régime spécial de droit ; ce qu'elle récuse puisque le droit des *torts* a su, à son avis, s'adapter de façon satisfaisante aux activités du secteur public.

131. P.H. SCHUCK, *op. cit.*, note 11. Même s'ils ont une source commune, le droit public américain présente de sérieuses différences avec le droit public anglais. En effet, alors que le droit public anglais est unifié, le droit public américain est plus complexe et plus fragmenté (fédéral, États et systèmes locaux). De plus, une constitution écrite et une tradition de contrôle constitutionnel modèlent les normes et les principes de réparation d'une manière étrangère au droit anglais.

avancées par les partisans d'un régime mixte apparaissent les plus intéressantes, notamment la faute de service et la responsabilité fondée sur le principe d'égalité devant les charges publiques dans les cas de préjudice spécial et anormal. Les tribunaux pourraient-ils profiter de la réforme du Code civil pour introduire ces deux réformes en droit québécois ?

2. L'introduction d'un régime mixte par l'interprétation libérale du nouveau Code civil du Québec

Au Québec, le droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique est un droit mixte. En effet, ce droit puise à deux sources, soit le droit public et le droit privé. Avant d'étudier les possibilités d'adoption jurisprudentielle de deux réformes particulières (2.2), il s'avère donc nécessaire de déterminer dans quelle mesure les principes de responsabilité civile énoncés dans le nouveau Code civil sont applicables à la responsabilité administrative (2.1).

2.1 L'applicabilité des articles 1457 et suivants du Code civil du Québec à la responsabilité administrative

Deux nouvelles dispositions sur l'applicabilité du Code civil à l'Administration publique apparaissent dans le *Code civil du Québec*¹³². L'article 300 C.c.Q. formule différemment une disposition déjà existante dans le *Code civil du Bas Canada*, alors que l'article 1376 C.c.Q. introduit une disposition de droit nouveau sur l'applicabilité du droit des obligations à l'État, à ses organismes et aux personnes morales de droit public. Quel est l'effet de ces deux dispositions sur les sources de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique ? Pour résoudre cette question, il est essentiel d'étudier l'important jugement de la Cour suprême, l'arrêt *Laurentide Motels*, sur les sources de la responsabilité administrative au Québec¹³³.

2.1.1 L'effet de l'article 300 du Code civil du Québec

Au Québec, deux systèmes juridiques distincts, le droit civil et la common law, coexistent et interagissent. Cet état de fait entraîne deux incertitudes. Premièrement, où se situe la frontière entre l'application du

132. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

133. *Laurentide Motels c. Beauport (ville)*, précité, note 2. Bien que cet arrêt concerne la responsabilité extracontractuelle municipale, les principes énoncés s'appliquent également à la responsabilité de l'État québécois et de ses composantes. Voir à ce sujet : J.-D. ARCHAMBAULT, *loc. cit.*, note 61.

droit privé et du droit public ? Deuxièmement, quel système de droit décide de l'application du droit public ou du droit privé ?

La question de la coexistence et de l'interaction de ces deux systèmes juridiques avait suscité un vif débat dans la doctrine québécoise avant la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Laurentide Motels*, notamment quant à l'interprétation de l'article 356 du *Code civil du Bas Canada*¹³⁴. Le premier alinéa de cette disposition se lit ainsi :

356. Les corporations séculières se subdivisent encore en politiques et en civiles. Les politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.

La majorité de la Cour suprême, sous la plume du regretté juge Beetz, tranche le débat doctrinal. Deux notions essentielles sous-tendent le raisonnement exposé dans les motifs du juge Beetz : la notion de rattachement¹³⁵ et la notion de renvoi. Afin de régler le problème des sources du droit de la responsabilité administrative, il importe tout d'abord de déterminer la règle de rattachement à l'un des deux systèmes de droit en vigueur au Québec. Puis, une fois la règle de rattachement établie, il faut préciser les paramètres permettant le renvoi à l'autre système de droit en vigueur au Québec.

Tout d'abord, l'article 356 ne peut servir à résoudre la question des sources de la responsabilité administrative puisqu'il n'a qu'un caractère descriptif et non un caractère normatif¹³⁶. La règle de rattachement n'est donc pas contenue dans l'article 356 du *Code civil du Bas Canada*. Le caractère descriptif de l'article 356 étant établi, le juge Beetz adopte un

134. J.-D. ARCHAMBAULT, « La responsabilité délictuelle municipale : fondement et application au combat des incendies », (1981) 41 *R. du B.* 3-80 ; J.-D. ARCHAMBAULT, « La responsabilité municipale dans le combat des incendies — *Malette c. Portage du Fort* », (1984) 15 *R.G.D.* 107-125 ; J.-D. ARCHAMBAULT, « Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle municipale », (1985) 16 *R.G.D.* 101-130 ; M. McNICOLL, « La responsabilité délictuelle des municipalités en matière de combat des incendies » (1983) 24 *C. de D.* 379-408 ; M. McNICOLL, « La réparation : une question de contrôle judiciaire », (1986) 32 *R. de D. McGill*, 187-212 ; J. L'HEUREUX, « Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle au Québec », (1985) 16 *R.G.D.* 131-152 ; J. L'HEUREUX, « La responsabilité extra-contractuelle des municipalités : un point de vue différent sur l'arrêt *Ville de Beauport c. Laurentide Motels* », (1987) 47 *R. du B.* 160-172 ; P. GARANT, « Les sources du droit de la responsabilité de la puissance publique », (1986) 46 *R. du B.* 260-268.

135. Par « règle de rattachement », nous entendons une métarègle déterminant quel droit s'attache à une situation juridique donnée.

136. « Cet article, au lieu d'énoncer une simple règle de droit, est de caractère indicatif en ce sens qu'il indique le droit qui s'applique aux corporations politiques » : *Laurentide Motels c. Beauport (ville)*, précité, note 2, 715.

raisonnement en sept étapes pour déterminer les sources de la responsabilité administrative :

- 1) La règle de rattachement doit être recherchée en droit public et non en droit privé.
- 2) Au Québec, il existe deux formes de droit public : le droit écrit et la common law au sens de droit prétorien.
- 3) En cas de silence du droit écrit, la règle de rattachement doit être recherchée en common law au sens du *judge made law*.
- 4) Une fois la règle de common law mise en évidence, on doit déterminer si cette règle appartient à la common law publique puisque « seule la partie de la common law qui est de caractère public est applicable¹³⁷ » au Québec. Bien que cela apparaisse une *tâche difficile*¹³⁸, cette mise en évidence doit pourtant absolument être faite puisque seule la common law « publique » est applicable au Québec. Il importe donc de distinguer entre les règles de la common law publique et les règles de la common law privée¹³⁹. Afin de faire cette distinction, le juge Beetz précise qu'« une règle qui ne s'applique qu'aux organismes publics, et dont l'existence et la justification trouvent leur source dans le caractère public de ces organismes, est assurément une règle de droit public¹⁴⁰ ».
- 5) Ensuite, c'est le droit public qui détermine quand le droit privé peut s'appliquer. Étant donné que la règle de rattachement doit être recherchée en droit public, le droit privé ne peut s'appliquer que par renvoi du droit public. En effet, il peut arriver que la règle de droit public renvoie au système de droit privé. Cependant, le droit privé ne peut s'appliquer *proprio vigore* sans un renvoi du droit public. Le droit privé présente donc un caractère subsidiaire dans la responsabilité administrative :

Cependant, la question de savoir quand le droit civil peut s'appliquer aux corporations municipales est une question de droit public, et non de droit privé [...] Il serait étonnant que le droit d'exception, qui est ici le droit civil, détermine sa propre application¹⁴¹.

137. *Id.*, 722.

138. *Id.*, 721.

139. « La question se pose maintenant de savoir si cette règle de common law ressortit au droit public ou au droit privé. S'il s'agit d'une règle de droit privé, elle ne peut s'appliquer au Québec » : *id.*, 722.

140. *Id.*, 723.

141. *Id.*, 720.

- 6) Le renvoi au droit privé équivaut au Québec à un renvoi au droit civil. Lorsqu'une règle de common law publique renvoie au droit privé, on doit appliquer le droit privé du Québec, soit le droit civil¹⁴².
- 7) Par conséquent, on doit, à ce stade-ci, appliquer le droit privé québécois, soit le régime général de responsabilité et la norme de conduite raisonnable et diligente du « bon père de famille »¹⁴³.

En somme, la Cour suprême établit que la règle de rattachement à un des deux systèmes de droit au Québec doit être recherchée en droit public et que le droit privé, soit le droit civil, ne s'applique que par renvoi du droit public.

Le *Code civil du Québec* formule différemment l'article 356 C.c.B.C. et introduit une nouvelle disposition sur l'applicabilité du droit privé des obligations à l'État et à ses organismes ainsi qu'aux autres personnes morales de droit public. La réforme du Code civil modifie-t-elle la prédominance du droit public comme source de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique tel que cela a été établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Laurentide Motels* ? Plus précisément, le principe de l'application du droit civil seulement en cas de renvoi du droit public est-il maintenu dans le nouveau Code civil, ou le droit privé peut-il dorénavant s'appliquer directement ?

Avant de tenter d'apporter certains éléments de réponse à cette question, il est utile d'étudier les travaux préparatoires puisqu'il semble que ceux-ci peuvent servir, dans une certaine mesure, à l'interprétation du nouveau Code civil. Dans son traité sur l'interprétation des lois, le professeur Côté souligne que le recours aux travaux préparatoires est une des principales différences entre les méthodes d'interprétation anglaise et civiliste¹⁴⁴. En effet, le droit anglais excluait traditionnellement ce recours¹⁴⁵,

142. *Id.*, 724.

143. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 842 et 846.

144. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 29.

145. Il n'y avait jusqu'à tout récemment que deux exceptions à cette règle d'exclusion, soit : 1) lorsque les travaux préparatoires permettent de trancher nettement une interprétation lors d'un litige; et 2) pour délimiter le contexte d'adoption de la loi et la situation à réformer : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 144, pp. 415-417. Toutefois, un arrêt récent élargit tellement la portée de ces exceptions que l'on peut se demander si la règle de l'exclusion n'est pas en voie de disparition : *Pepper c. Hart*, (1992) 3 W.L.R. 1032 (H.C.). Cet arrêt énonce que le recours aux travaux préparatoires est admis si la loi est obscure ou ambiguë ou encore conduit à une absurdité et que l'élément consiste en une déclaration claire du ministre ou d'une autre personne promouvant le projet.

alors qu'il est admis par la méthode civiliste¹⁴⁶. Au Québec, le rapport des codificateurs a été largement utilisé pour interpréter le *Code civil du Bas Canada*, sans toutefois que l'on fasse usage des débats parlementaires¹⁴⁷. Par conséquent, les commentaires officiels du ministre de la Justice¹⁴⁸ peuvent être utilisés pour interpréter le nouveau Code. Toutefois, l'utilisation des autres travaux préparatoires¹⁴⁹ pour interpréter le nouveau Code est, comme le signale le professeur Masse, « malheureusement un pro-

-
146. Le professeur Masse signale que selon l'état actuel du droit français le recours aux travaux préparatoires pour interpréter le *Code civil français* est encore utilisé, mais de manière occasionnelle parmi d'autres sources s'ils permettent de conclure « dans un sens déterminé de façon claire, pertinente et fiable » : C. MASSE, « Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, Journées Maximilien-Caron 1992, Montréal, Thémis, 1993, pp. 153, 158. En droit français, les travaux préparatoires consistent dans les seuls éléments dont le législateur a eu connaissance officiellement, soit les travaux rapportés au journal officiel, les projets de loi avec l'exposé des motifs, les rapports des commissions et les débats en séance, mais, dans ce dernier cas, seulement s'ils ne sont pas diffusés et discordants : J.-L. BERGEL, « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, *op. cit.*, pp. 3, 12-13.
147. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 144, qualifie l'absence de recours aux débats parlementaires de « symptôme de l'interpénétration des méthodes d'interprétation et une [restriction de] l'originalité de la méthode d'interprétation civiliste telle qu'elle s'applique ici ».
148. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec, un mouvement de société*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993. Seul le premier des deux tomes des commentaires officiels est utilisé ici. Certains auteurs considèrent que les commentaires officiels ne devraient être que d'une utilité marginale vu la faiblesse générale de leur contenu : M. CANTIN CUMYN, « Le recours à l'ancien Code pour interpréter le nouveau », dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, *op. cit.*, note 146, pp. 160, 166, à sa note 14 ; S. GAUDET, « La doctrine et le Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, *op. cit.*, note 146, p. 223.
149. C. MASSE, *op. cit.*, note 146, p. 151, établit une liste de ces travaux préparatoires :
- 1 – exposés d'intention ministérielle présentés au dépôt des divers projets ;
 - 2 – textes des avant-projets et du projet de loi 125 ;
 - 3 – textes descriptifs déposés par le ministre en mai 1991 pour expliquer le sens et la portée du projet de loi 125 ;
 - 4 – commentaires détaillés du ministre en 10 volumes sur le projet de loi 125 ;
 - 5 – projet de l'O.R.C.C. et commentaires en deux volumes ;
 - 6 – transcription des débats en commission parlementaire (du 28 août au 12 décembre 1991) publiés dans la Gazette Officielle ;
 - 7 – les 980 amendements (papillons) présentés en commission parlementaire pour expliquer les modifications au projet de loi 125.

blème fort embrouillé¹⁵⁰ ». Quoi qu'il en soit, rien n'empêche la doctrine de les utiliser puisque la règle d'exclusion s'adresse aux tribunaux¹⁵¹.

L'Office de révision du Code civil (ORCC) s'était brièvement interrogé sur l'opportunité de codifier les règles de la responsabilité administrative dans une loi spéciale comme il en existe au fédéral et dans la plupart des autres provinces, mais elle avait rejeté cette idée¹⁵² : « Certains considèrent que les dispositions relatives à la responsabilité de la Couronne devraient plutôt se situer dans une loi spéciale. Leur caractère général permet cependant de les insérer facilement dans le Code civil¹⁵³. »

Le projet de l'Office proposait d'intégrer au Code civil une série de dispositions sur la responsabilité administrative :

art. 293. Les personnes morales publiques, sauf la Couronne, sont assujetties au présent Code et à toutes les lois applicables aux personnes, sous réserve des dispositions expresses de la loi.

Il en va de même des organismes, des sociétés, des agents ou des mandataires de la Couronne.

art. 294. La Couronne est tenue d'exécuter ses obligations légales et contractuelles comme une personne majeure.

Les dispositions du présent Code et des lois applicables à la responsabilité des personnes s'appliquent à la responsabilité civile de la Couronne, sous réserve des dispositions du présent chapitre.

art. 295. Le préposé de la Couronne comprend, notamment :

1. un membre du Conseil exécutif ;
2. un membre de la fonction publique au sens de l'article 2 de la *Loi de la fonction publique* ;
3. un cadet et un membre de la Sûreté du Québec ;
4. un employé.

150. C. MASSE, *op. cit.*, note 146, p. 151 ; voir également : S. NORMAND, « Les travaux préparatoires et l'interprétation du Code civil », (1986) 27 *C. de D.* 347-354 ; P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 144, p. 402 et suiv. Dans un premier arrêt sur la question, la Cour supérieure déclare que les travaux préparatoires sont utiles pour éclairer le tribunal : *Beaudouin c. La Presse Ltée*, J.E. 94-571 (C.S.).

151. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 144, pp. 411-412.

152. Pour un aperçu de l'historique du processus de la réforme du Code civil, voir : G. RÉMILLARD, « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 *R.G.D.* 5, 8-10 ; J. PINEAU, « La philosophie générale du Code civil », dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, *op. cit.*, note 146, pp. 269, 272-273.

153. COMITÉ SUR LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE, *Rapport sur la personnalité juridique*, vol. 43, Montréal, Office de révision du Code civil, 1976, p. 8, cité dans J.-D. ARCHAMBAULT, « Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle municipale », *loc. cit.*, note 134, 101-130.

Il ne comprend pas un entrepreneur, une société mandataire ou agent de la Couronne ni un employé d'une telle société.

art. 296. Nonobstant l'article 294, la Couronne n'est pas responsable du préjudice résultant de l'exercice ou du défaut d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un membre du Conseil exécutif.

art. 297. Le préposé d'une personne morale publique ou de la Couronne ne cesse pas d'agir dans l'exécution de ses fonctions du seul fait qu'il commet un acte illégal, *ultra vires* ou non autorisé, ou du seul fait qu'il agit comme agent de la paix.

art. 298. Le recours en dommages-intérêts contre une personne morale publique, y compris la Couronne, doit être précédé d'un avis écrit énonçant le préjudice souffert et le montant de la réclamation.

L'avis est signifié par courrier recommandé ou certifié au sous-procureur général du Québec, dans les trois mois de la survenance du préjudice¹⁵⁴.

On peut remarquer dans ce projet qu'il n'était aucunement fait mention des règles de droit public. Il était simplement prévu que l'Administration publique était assujettie au droit privé de la responsabilité civile. Il n'y avait aucune référence aux règles de droit public applicables à la responsabilité administrative. Le législateur n'a pas retenu les propositions de l'Office de révision du Code civil. Dans le nouveau Code civil, deux articles traitent de la question de la coexistence des deux systèmes juridiques. Le premier remplace l'article 356 du *Code civil du Bas Canada*. Il se lit ainsi :

300. Les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables ; les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce.

Les unes et les autres sont aussi régies par le présent code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes.

Les commentaires officiels mentionnent que les sources de la nouvelle disposition sont l'article 356 de l'ancien Code et l'article 293 du projet de l'ORCC. Le commentaire suivant est ajouté :

Cet article reprend essentiellement le premier alinéa de l'article 356 C.C.B.C. qui distingue les personnes morales politiques ou de droit public et les personnes morales civiles ou de droit privé.

Il maintient également le principe que les personnes morales tant de droit public que de droit privé sont, en premier lieu, régies par les lois qui leur sont applicables, ou encore, quant aux personnes morales de droit public, par les lois qui les constituent.

[...] en prévoyant que les lois particulières applicables à ces personnes sont complétées par le code quant aux biens et aux rapports qu'ont les personnes morales avec les autres personnes, l'article énonce que le droit commun applica-

154. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. I : *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, pp. 51-52.

ble à ces personnes est le droit civil, qu'il s'agisse du droit des biens, des obligations, des sûretés réelles, de la preuve, de la prescription, etc.

Cet article permet d'appliquer les règles du droit privé général aux personnes morales de droit public et, lorsqu'il s'est avéré opportun d'énoncer des règles particulières, notamment en matière de biens et de responsabilité, elles l'ont été aux livres pertinents¹⁵⁵.

Une première difficulté apparaît à la lecture du libellé de la disposition et du commentaire officiel. Alors que l'article 356 C.c.B.C. énonçait que les corporations politiques étaient d'abord régies par le *droit public*, l'article 300 C.c.Q. énonce que « les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables ». Comme nous l'avons vu précédemment, l'arrêt *Laurentide Motels* établit que le droit public est composé du droit écrit et de la common law publique. La nouvelle formulation de l'article 300 C.c.Q. modifie-t-elle l'état du droit ? Peut-on interpréter les termes « lois particulières qui leur sont applicables » comme incluant les règles de common law publique ?

Deux auteurs¹⁵⁶ se sont déjà prononcés contre une telle interprétation. Toutefois, le commentaire officiel énonce que l'article 300 C.c.Q. « reprend essentiellement le premier alinéa de l'article 356 C.c.B.C. » et « maintient également le principe que les personnes morales tant de droit public que de droit privé sont, en premier lieu, régies par les lois qui leur sont applicables, ou encore, quant aux personnes morales de droit public, par les lois qui les constituent ». On semble donc dire que le droit antérieur est maintenu. *A contrario*, il est vrai cependant, comme le note M^e Hardy, que l'article 1376 C.c.Q. est formulé différemment de l'article 300 C.c.Q. Le premier est libellé ainsi : « 1376. Les règles du présent livre s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres *règles de droit* qui leur sont applicables [l'italique est de nous]. »

Alors que l'article 300 C.c.Q. emploie les termes « lois applicables », l'article 1376 C.c.Q. emploie « règles de droit ». Bien que le terme « loi » signifie aussi le droit entendu dans un sens large, l'emploi de deux expressions différentes aux articles 300 et 1376 semblent indiquer une distinction entre les deux concepts¹⁵⁷. Toutefois, si la nouvelle disposition est une

155. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 148, pp. 204-205.

156. J. HARDY, *op. cit.*, note 66, p. 296 et suiv. ; P. MARTEL, *op. cit.*, note 8, 195.

157. La *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, précitée, note 6, art. 603, modifie la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, en ajoutant la disposition suivante : « 41.1. Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet. »

simple reformulation de l'article 356 C.c.B.C., elle devrait recevoir la même interprétation et être considérée comme revêtant un caractère indicatif et non normatif, comme l'a établi l'arrêt *Laurentide Motels*¹⁵⁸. Dans cette hypothèse, les règles de droit public devraient continuer à s'appliquer aux personnes morales de droit public.

Cela étant dit, l'article 300 C.c.Q. présente un intérêt secondaire en matière de responsabilité administrative étant donné que le législateur introduit, avec l'article 1376 C.c.Q., une disposition particulière sur l'applicabilité du droit privé des obligations à l'Administration publique, soit à l'État, à ses organismes et aux autres personnes morales de droit public. Les difficultés d'interprétation de l'article 300 C.c.Q. risquent donc de surgir dans les autres matières de droit civil¹⁵⁹.

2.1.2 L'effet de l'article 1376 du Code civil du Québec

Le Code civil introduit donc une disposition de droit nouveau sur l'applicabilité du droit des obligations à l'État, à ses organismes et aux autres personnes morales de droit public¹⁶⁰. Les commentaires officiels donnent comme sources de cette disposition les articles 293 et 294 du projet de l'ORCC¹⁶¹ et précisent ceci :

Cet article est nouveau, mais ne fait que codifier le droit antérieur, où il était globalement admis que l'État et les personnes morales de droit public étaient assujettis, en l'absence de règles de droit contraires provenant, entre autres, de dispositions législatives ou de prérogatives, au droit commun des obligations applicable à toute personne [...].

158. Lorsque la réforme d'une règle dans le nouveau Code est une simple modification de forme, le recours aux précédents de l'ancien Code est admis : A. MAYRAND, « Le recours aux précédents comme moyen d'interprétation du nouveau Code civil », dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, op. cit., note 146, pp. 253, 254.

159. On s'est interrogé en commission parlementaire sur l'interprétation de l'article 1376 C.c.Q. en corrélation avec l'article 300 C.c.Q. à savoir si on ne déduirait pas de la présence de l'article 1376 C.c.Q. que, *a contrario*, les autres livres du Code civil ne s'appliquent pas à l'État, sauf dispositions expresses : *Journal des débats*, Commissions parlementaires (Sous-commission des institutions), n° 11, p. sci-477 (18 septembre 1991).

160. Le libellé de la disposition dans le projet de loi 125 était légèrement différent. Il se lisait ainsi : « 1373. Les règles du présent livre s'appliquent à l'État, à ses organismes, sociétés, agents ou mandataires, ainsi qu'à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables. » Au moment de l'étude du projet de loi en commission parlementaire, le ministre de la Justice a souligné que l'amendement au projet de loi pour retirer les mots « sociétés, agents ou mandataires » visait à supprimer des expressions inutiles parce qu'elles étaient déjà comprises dans le terme « organismes » et à éviter ainsi des difficultés d'interprétation : *Journal des débats*, précité, note 159, p. sci-476.

161. *Supra*, p. 510.

La réserve des autres règles de droit applicables vise tout autant les règles écrites que les règles non-écrites de droit public dont la Cour suprême a fait application dans l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Ville de Beauport* [1989] 1 R.C.S. 705¹⁶².

Ce commentaire apparaît étonnant. En effet, l'interprétation de l'article 1376 C.c.Q. semble contraire à l'arrêt *Laurentide Motels* qui pose le principe de recherche de la règle de rattachement en droit public et de l'application du droit privé seulement par renvoi par le droit public au droit privé. Or, malgré la référence explicite à l'arrêt *Laurentide Motels*, le commentaire indique que le droit antérieur serait à l'effet exactement contraire, soit le principe de l'assujettissement au droit privé des obligations, sauf si une règle de droit public prévoit une exception. C'est peut-être là une conséquence du fait que la réforme du Code civil ait été confiée à des civilistes et qu'aucune analyse sérieuse ne semble avoir été faite par des « administrativistes » sur les répercussions des nouvelles dispositions sur le droit public. L'état du droit nous apparaît plutôt être tel que l'exprime le professeur Brisson : « Fondement des autres lois, le Code civil est aussi applicable à l'État ou à ses composantes lorsqu'une règle de droit public en a décidé ainsi¹⁶³ ».

Mais une autre lecture de l'article 1376 C.c.Q. et du commentaire officiel qui l'accompagne est possible. L'article 1376 C.c.Q. pourrait n'être que descriptif et non normatif. L'approche descriptive expose l'état du droit où, dans la très grande majorité des cas, ce sont les règles de droit privé qui s'appliquent. L'approche normative, au contraire, retrace les sources de la responsabilité administrative. Il pourrait aussi y être fait référence au principe de la *rule of law*, un des principes essentiels de la common law¹⁶⁴. L'essentiel de ce principe réside dans le fait que l'Administration publique est soumise aux mêmes règles de droit que les citoyens ainsi qu'au même pouvoir judiciaire. En matière de responsabilité extra-contractuelle, ce principe assujettit l'Administration publique au droit commun, sauf si des lois particulières ou des règles jurisprudentielles permettent le maintien d'une immunité. En vertu de la *rule of law*, l'assujettissement au droit commun est donc la règle et l'application de règles de droit public, l'exception. Il est d'ailleurs permis de s'interroger sur l'absence du principe de la *rule of law* dans l'analyse des sources du droit de

162. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 148, p. 833. Au moment de l'étude du projet de loi 125 en commission parlementaire, le ministre de la Justice précisait que le législateur avait « senti le besoin d'avoir une règle générale pour bien marquer que le droit des obligations, dans son ensemble, s'appliquait aux actes administratifs, sous réserve, évidemment, de tout le droit public » : *Journal des débats*, précité, note 159, p. sci-477.

163. J.-M. BRISSON, « Le Code civil, droit commun ? », *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, *op. cit.*, note 146, pp. 293, 313 ; l'italique est de nous.

164. A.V. DICEY, *op. cit.*, note 12.

la responsabilité administrative faite dans l'arrêt *Laurentide Motels*. En effet, malgré l'importance de ce principe, le juge Beetz n'en fait aucune mention dans sa recherche des règles de common law publique applicables.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation de l'article 1376 C.c.Q. pose un problème. Il est toutefois possible d'avancer que si la nouvelle disposition ne fait que codifier le droit antérieur, celle-ci pourrait recevoir la même interprétation que l'article 356 C.c.B.C. et être considérée comme un texte descriptif et non normatif. Dans cette hypothèse, la règle de rattachement devrait continuer à être recherchée en droit public, et le droit privé, en l'occurrence les articles 1457 C.c.Q. et suivants, ne s'appliquerait à la responsabilité administrative que si une règle de droit public renvoie au droit privé.

Les auteurs qui se sont déjà interrogés sur l'interprétation à donner à l'article 1376 C.c.Q. concluent généralement qu'il ne modifie en rien le droit antérieur. Le professeur Pineau s'exprime ainsi :

Cet article qui n'avait pas de correspondant dans le *Code civil du Bas Canada* n'est que la codification du droit antérieur ; il était, en effet, généralement admis qu'à défaut de législation particulière ou de prérogatives, l'État et les personnes morales de droit public étaient soumises au droit commun des obligations. Il ne peut désormais plus y avoir d'incertitude, d'autant que cet article 1376 complète l'article 300¹⁶⁵.

Un autre auteur souligne que le législateur « a tenté de codifier, en matière de responsabilité civile, les principes énoncés dans l'arrêt *Laurentide Motels*¹⁶⁶ », alors qu'un troisième est d'avis que la nouvelle disposition ne change rien au droit existant puisque le gouvernement ne renonce à aucune immunité, notamment la distinction politique/exécution¹⁶⁷. Il faut toutefois noter que ces trois auteurs ne sont pas des « administrativistes ».

De rares commentaires d'« administrativistes » ont été publiés jusqu'à présent. Le professeur Archambault porte un jugement sévère sur l'article 1376 C.c.Q. qu'il qualifie de « vaporeuse disposition de droit public » et conclut que pour trouver les sources de la responsabilité administrative :

[...] le justiciable est convié à picorer parmi la common law publique, le droit mixte du *Code de procédure civile*, le droit public du *Code civil du Québec*, les disposi-

165. J. PINEAU, « Théorie des obligations », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (dir.), *op. cit.*, t. 2 : *Obligations, contrats nommés*, note 8, pp. 9, 29.

166. P. Martel, *op. cit.*, note 8, p. 195.

167. C. MASSE, « La responsabilité civile », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (dir.), *op. cit.*, note 8, pp. 235, 268.

tions statutaires pertinentes, le cas échéant, et le droit privé, essentiellement codifié, des particuliers, dans un quelconque ordre conjoncturel¹⁶⁸.

Une autre auteure, M^e Carole Soucy, analyse les termes « règles de droit » à l'article 1376 C.c.Q. et conclut que celles-ci peuvent consister en des régimes de responsabilité sans faute, des immunités statutaires ou jurisprudentielles, notamment la distinction politique/exécution, et qu'elles devront s'appliquer seules en cas de conflit avec les règles de droit commun¹⁶⁹. À l'instar de cette auteure, nous croyons qu'une interprétation correcte de l'article 1376 C.c.Q. implique l'application des règles de droit public écrites ou non écrites en cas de conflit avec les règles de droit privé et non « dans un quelconque ordre conjoncturel », et ce, que l'on privilégie une interprétation en conformité avec l'analyse élaborée dans l'arrêt *Laurentide Motels* ou que l'on adopte une interprétation basée sur le principe de la *rule of law*¹⁷⁰.

Les règles écrites de droit public peuvent se retrouver dans des lois particulières, mais également à l'intérieur même du Code civil¹⁷¹. Les règles non écrites de droit public doivent être recherchées dans la common law publique telle qu'elle est définie par le juge Beetz. Les unes comme les autres peuvent restreindre la responsabilité administrative, mais elles peuvent parfois également l'étendre.

Certaines réformes jurisprudentielles pourraient-elles être introduites par l'interprétation des termes « règles de droit » à l'article 1376 C.c.Q. ? À notre avis, la réponse à cette question devrait être affirmative, mais ces réformes devraient être basées sur des règles de droit tirées de la common law publique et non sur des règles de droit tirées, par exemple, du droit français ; ce qui, d'ailleurs, était également le cas en vertu du droit anté-

168. J.-D. ARCHAMBAULT, *loc. cit.*, note 61, 560.

169. C. SOUCY, *op. cit.*, note 17, p. 315 et suiv.

170. La conséquence du choix entre les deux interprétations réside plutôt dans la charge de la preuve. En effet, une interprétation basée sur l'assujettissement de principe au droit privé implique que le fardeau de prouver l'existence d'une règle de droit public immunisant l'Administration publique incombe à celle-ci. À l'inverse, l'analyse du juge Beetz implique que le fardeau de démontrer que les principes de droit privé doivent s'appliquer repose sur le citoyen demandant une indemnisation de la part de l'Administration publique.

171. En effet, certains articles du Code prévoient des règles particulières pour l'Administration publique, notamment l'article 916 (appropriation de biens), l'article 1464 (responsabilité pour autrui), l'article 1672 (compensation), ou prévoient son assujettissement aux mêmes règles que les particuliers tels l'article 2877 (prescription) et l'article 2964 (publicité des droits). À noter également que l'obligation de donner un avis aux municipalités avant l'exercice d'une action n'est plus opposable lorsque l'action est fondée sur un préjudice corporel (art. 2930).

rieur. En ce sens, l'introduction de l'article 1376 C.c.Q. n'apporte rien de nouveau.

Après cette analyse, un commentaire s'impose. Le droit de la responsabilité administrative québécoise se trouve en quelque sorte orphelin. En effet, d'une part, la source du droit civil québécois est le droit civil français. Or, les principes de responsabilité administrative en droit français, notamment la notion de faute de service et les régimes de responsabilité sans faute, se situent non en droit civil, mais en droit administratif¹⁷². Le droit administratif français ne peut donc servir de source pour l'interprétation des principes de droit civil appliqués à l'Administration publique. Il peut tout au plus servir en droit comparé.

D'autre part, en common law, certains régimes de responsabilité sans faute existent et sont appliqués à l'Administration publique, notamment le *tort of nuisance*¹⁷³ et la règle *Rylands c. Fletcher*¹⁷⁴. Toutefois, ces régimes ne sont pas des « règle[s] qui ne s'applique[nt] qu'aux organismes publics, et dont l'existence et la justification trouvent leur source dans le caractère public de ces organismes », puisque ce sont des règles générales qui s'appliquent tant aux particuliers qu'à l'Administration publique. Ces régimes font donc partie de la common law privée et ne peuvent pas non plus servir de sources pour la responsabilité administrative québécoise.

En conséquence, les régimes de responsabilité sans faute et certains concepts favorisant l'indemnisation des victimes, telle la faute de service, existant en droit administratif français et en common law privée ne peuvent être utilisés comme sources de la responsabilité administrative québécoise. On doit malheureusement constater que, dans la plupart des cas, les règles de droit de la common law publique prévoient des « régimes de faveur pour la puissance publique¹⁷⁵ » et que, en ce sens, les sources de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique désavantagent, dans bien des cas, les victimes québécoises de l'action étatique par rapport aux victimes françaises ou même anglo-canadiennes.

En résumé, les règles de droit privé s'appliquent à l'Administration publique lorsqu'une règle de droit public renvoie au droit privé ou, selon l'interprétation choisie, lorsqu'une règle de droit public ne prévoit pas le contraire. Dans un grand nombre de cas, les règles de droit privé, soit dorénavant les articles 1457 et suivants du *Code civil du Québec*, s'ap-

172. *Supra*, p. 491.

173. Pour une application du *tort of nuisance* à l'Administration publique, voir : *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, précité, note 2.

174. Pour une analyse de cette règle, voir : A.M. LINDEN, *op. cit.*, note 56, p. 573 et suiv.

175. P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 10.

pliqueront à la responsabilité administrative. Ces articles pourraient-ils être interprétés de manière à introduire certaines réformes de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique proposées par la doctrine, notamment la responsabilité dans les cas d'un préjudice présentant un caractère spécial et anormal et la responsabilité directe s'inspirant de la notion française de faute de service ?

2.2 Les possibilités d'adoption jurisprudentielle de deux réformes particulières

Un grand nombre d'auteurs considèrent que lorsque l'Administration publique cause un préjudice présentant un caractère spécial et anormal au sens du droit administratif français¹⁷⁶, elle devrait être tenue d'indemniser la victime. C'est même la seule réforme qui paraisse susciter un certain consensus, non seulement parmi les auteurs proposant la création d'un régime mixte¹⁷⁷, mais également parmi certains défenseurs de l'application de principe du droit privé¹⁷⁸. Cette réforme pourrait-elle être introduite par les tribunaux par une redéfinition de la notion de faute dans le droit de la responsabilité administrative à l'occasion de l'arrivée du nouveau Code civil ? La question est étudiée à la section 2.2.1.

Par ailleurs, l'élargissement de la responsabilité directe de l'Administration publique et l'abandon de l'exigence de l'individualisation de la faute sont également réclamés par bon nombre d'auteurs¹⁷⁹. La possibilité d'introduction jurisprudentielle de cette réforme est soupesée à la section 2.2.2.

2.2.1 La notion de faute liée au préjudice spécial et anormal

Le nouveau Code civil introduit une certaine réforme en matière de responsabilité. Les objectifs de cette réforme visent la modernisation du droit, une plus grande intégration des règles du droit de la responsabilité extracontractuelle et de la responsabilité contractuelle et, jusqu'à un certain point, une codification de la jurisprudence¹⁸⁰. Le sens premier de la

176. *Supra*, p. 495.

177. *Supra*, note 118 et le texte correspondant.

178. *Supra*, note 125 et le texte correspondant.

179. *Supra*, p. 496.

180. C. MASSE, *op. cit.*, note 167, p. 242 et suiv. On consultera cette excellente étude pour une analyse exhaustive de la réforme en matière de responsabilité civile.

réforme semble être « de donner la priorité à une approche inspirée par les droits de la personne¹⁸¹ ».

Le *Code civil du Québec* présente une version nouvelle de l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada*. Dans les nombreux projets de réforme ayant précédé la rédaction définitive, le libellé de la disposition remplaçant l'article 1053 C.c.B.C. s'est considérablement modifié. Dans son projet, l'ORCC proposait la disposition suivante : « Article 94. Toute personne, douée de discernement, est tenue de se comporter à l'égard d'autrui avec la prudence et la diligence d'une personne raisonnable. »

Le comité des obligations de l'ORCC précisait qu'il s'agissait là « de la consécration du principe de l'article 1053 du Code civil, mais sous forme de devoir légal. Le manquement à ce devoir constitue une faute qui oblige son auteur à réparer le dommage causé¹⁸². » L'Office précisait dans son rapport final :

Dans [le domaine] des obligations légales et de la responsabilité civile, les changements sociaux et les développements jurisprudentiels ont conduit à affermir et à renforcer parfois l'intensité des devoirs de manière à assurer aux victimes une meilleure indemnisation [...].

Réviser ne veut pas nécessairement dire tout bouleverser et faire abstraction d'une certaine continuité historique. Les grands principes de base qui ont présidé à la codification de 1866, [telle] la responsabilité basée sur la faute, ont certes été affectés par les changements. Il ne s'ensuit pas cependant qu'ils doivent pour autant être mis au rancart [...].

Il convenait donc d'énoncer les devoirs fondamentaux de la personne, non pas sous la forme sibylline d'une « faute », mais bien sous la forme de règles positives de comportement du citoyen dans ses relations avec son prochain¹⁸³.

Un commentateur du projet de l'ORCC faisait remarquer que l'article 94 du projet ne changeait pas la notion de faute :

Si la formule est neuve, le principe est conforme à la jurisprudence et à la doctrine classiques développées sous l'article 1053 C.c. en interprétation du mot « faute ». La faute est en effet un comportement qui s'écarte de cette prudence et de cette

181. *Id.*, p. 329. Les objectifs de la réforme en cette matière rejoignent les deux grands principes à la base de toute la réforme, soit : 1) une meilleure adéquation au présent par la modernisation des règles de droit civil et par l'harmonisation avec la Charte québécoise ; et 2) la continuité du droit actuel par le maintien des principes juridiques qui ont acquis une certaine permanence et par l'intégration de nombreuses règles jurisprudentielles et d'acquis doctrinaux : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil — Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990*, Québec, Éditeur officiel, 1991, pp. 1-2.

182. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Comité du droit des obligations, Rapport sur les obligations*, Montréal, ORCC, 1975, p. 140. Le numéro de l'article était alors 92.

183. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 2 : *Commentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1977, pp. 561, 562 et 565.

diligence raisonnable que manifeste le bon père de famille placé dans les mêmes circonstances [...] Le « bon père de famille », concept que certains trouvaient antique et d'autres sexiste, fait place à la « personne raisonnable », sans pour autant subir d'altération de principe¹⁸⁴.

Dans l'avant-projet de loi sur les obligations, la proposition initiale de l'ORCC fut modifiée de la manière suivante (le troisième alinéa est omis)¹⁸⁵ :

1515. Toute personne a le devoir général de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle *et d'honorer les obligations qu'elle a contractées*, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsque par sa faute elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à autrui et tenue de réparer ce préjudice.

L'avant-projet réunissait dans une même disposition la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle. À la suite de nombreuses critiques¹⁸⁶, le passage que nous avons mis en italique plus haut est retiré dans le projet de loi 125 et devient la base de l'article 1458 dans la version définitive. Quant à la nouvelle formule de la responsabilité extracontractuelle, le professeur Baudouin manifesta l'opinion suivante :

L'Avant-projet, [...] au lieu d'exprimer, comme le droit actuel, la règle de responsabilité légale en termes positifs de responsabilité, le fait désormais par référence à l'obligation légale de ne pas nuire à autrui [...].

Malgré la différence notable d'expression linguistique qui sépare l'article 1515 de l'Avant-projet de l'article 1053 C.C.B.C., le contenu de la règle reste sensiblement le même¹⁸⁷.

Le texte de l'avant-projet fut une nouvelle fois modifié ; il se lisait ainsi dans le projet de loi¹⁸⁸ :

1453. Toute personne a le devoir général de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

184. C. FABIEN, « De la responsabilité délictuelle, vers le régime des obligations légales relatives au comportement envers autrui », dans A. POUPART (dir.), *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Université de Montréal, Faculté de l'éducation permanente, 1979, pp. 37, 44.

185. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Avant-projet de loi, 1^{re} session, 33^e législature (Québec) ; l'italique est de nous.

186. Pour une critique de l'avant-projet de loi, voir notamment : J.-L. BAUDOUIN, « La responsabilité délictuelle », (1989) 30 *C. de D.* 599-609 ; P.-G. JOBIN, « Prospective générale », (1989) 30 *C. de D.* 557-586.

187. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 186, 600-601.

188. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (Projet de loi 125). Pour une analyse du projet de loi 125 en matière de responsabilité civile, voir : C. MASSE, « Le nouveau code et la réforme de la responsabilité civile », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1991)*, Montréal, Barreau du Québec, 1991, pp. 35-52.

Elle est, lorsque par sa faute elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à autrui et tenue de réparer ce préjudice.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

Un document du ministère de la Justice déposé avec le projet de loi souligne que :

[...] les principes à la base de la responsabilité civile sont réaffirmés puisque l'obligation de réparation du préjudice est toujours fondée sur la faute. Celle-ci est cependant reliée à un manquement au devoir de respecter des règles de conduite ou d'honorer les engagements contractés¹⁸⁹.

Enfin, le libellé de la disposition est encore modifié dans la version définitive du Code civil ; l'article 1457 s'énonce maintenant comme suit :

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

En comparant la version du projet de loi 125 et la version définitive, on peut constater une modification mineure : le qualificatif « général » du terme « devoir » au premier alinéa disparaît. Mais la modification la plus importante apparaît au deuxième alinéa. Le projet de loi établissait qu'une personne était responsable *lorsque par sa faute* elle manquait au devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposaient à elle et qu'elle causait un préjudice à autrui. Le simple manquement à l'obligation de respecter les règles de conduite n'était donc pas suffisant ; encore fallait-il que la personne ait manqué à ce devoir par sa faute. Dans la version définitive, lorsqu'une personne manque à ce devoir, elle est responsable du préjudice qu'elle cause *par cette faute* à autrui. Si l'on applique le principe d'interprétation de l'effet utile¹⁹⁰, il apparaît donc que le simple manquement au devoir de respecter les règles de conduite est dorénavant une faute en soi.

Étonnamment, les commentaires officiels sur cet article ne présentent aucune différence significative avec les commentaires sur le projet de

189. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 181, p. 17.

190. Ce principe implique que l'interprétation qui donne un quelconque effet à l'intervention du législateur doit être favorisée au détriment de celle qui impliquerait que celui-ci a « parlé pour ne rien dire » : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 144, p. 493. Le professeur Côté précise, toutefois, que ce principe « a une valeur persuasive assez limitée ».

loi 125¹⁹¹. Les commentaires officiels sur le chapitre de la responsabilité civile soulignent que :

Le *Code civil du Québec* [...] reprend, en les regroupant, les principes du *Code civil du Bas Canada* axés sur les notions de préjudice, de faute, de lien de causalité et de réparation intégrale qui sont communes aux deux régimes, contractuel et extracontractuel, de responsabilité civile.

Les conditions de la responsabilité sont reprises sans trop de changements, bien qu'elles soient désormais chapeautées par des règles générales qui énoncent, sous une formulation nouvelle, les grands principes de responsabilité suivant la nature des devoirs qui les sous-tendent¹⁹².

Au sujet de l'article 1457 C.c.Q., les commentaires signalent comme sources l'article 1053, le premier alinéa de l'article 1054, ainsi que l'article 94 du projet de l'ORCC, puis ils précisent ce qui suit :

L'article 1457 consacre les principes de la responsabilité civile extracontractuelle [...] reposant sur l'existence d'un préjudice et d'une faute et sur l'existence, entre ces deux éléments, d'un lien de causalité. Cependant, la formulation nouvelle est destinée à combler certaines imprécisions que comportaient les textes antérieurs.

L'article énonce d'abord, de façon expresse, le devoir général de respecter les règles de conduite qui, selon les cas, s'imposent à chacun en vertu des lois, usages ou circonstances, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui. Ce devoir général, même s'il n'était pas exprimé au *Code civil du Bas Canada*, expliquait et justifiait l'obligation de réparer, énoncée à l'article 1053 C.C.B.C. [...] Ce qui est nouveau, ce n'est point tant la substance de l'article 1457 que le regroupement des articles 1457 et 1458 sous un même intitulé¹⁹³.

Le commentaire officiel énonce que le devoir général de respecter certaines règles de conduite sous-tendait la notion de faute. C'est en effet l'opinion du juge Baudouin. Dans son traité sur la responsabilité civile, celui-ci signale qu'il existe deux conceptions de la notion de faute civile dans la doctrine¹⁹⁴. La première conçoit la faute comme un manquement à un devoir, alors que la seconde considère que la faute est une violation d'une norme de conduite. Selon lui, les deux conceptions sont, en fait, deux aspects de la notion de faute qu'il définit comme étant :

[...] la violation du devoir légal de ne pas causer un préjudice illégitime à autrui, par une conduite contraire à celle qu'aurait eue une personne normalement prudente et diligente placée dans des circonstances identiques à celles où s'est trouvé

191. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet de loi 125, Code civil du Québec, Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, art. 1053 (commentaires déposés par le ministre de la Justice lors du Congrès du Barreau, août 1991).

192. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 148, p. 885.

193. *Id.*, pp. 886-887.

194. J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 55.

l'auteur de dommage au moment où il a posé l'acte qu'on lui reproche ou omis de poser celui dont on lui tient rigueur¹⁹⁵.

Il faut reconnaître que cette définition ressemble étrangement au libellé de l'article 1457 C.c.Q. En résumé, l'analyse des travaux préparatoires semble mener à la conclusion que l'article 1457 du nouveau Code maintient le droit antérieur et que le concept de la faute, malgré la formulation nouvelle, demeure le même qu'en vertu de l'article 1053 C.c.B.C.¹⁹⁶.

Malgré ce consensus sur l'interprétation de l'article 1457, la nouvelle formulation ne permettrait-elle pas d'imposer à l'Administration publique des règles de conduite différentes de celles qui s'imposent aux simples particuliers puisque les usages qu'elle doit respecter ne sont pas les mêmes, vu la spécificité de l'action administrative, et puisque, souvent, elle n'est pas placée dans les mêmes circonstances que les particuliers¹⁹⁷ ?

Avant de tenter de répondre à cette question, il n'est pas inutile de faire une brève digression afin de rappeler certains principes en matière d'interprétation. En interprétant un texte de loi, on cherche à en déterminer le sens et la portée, à élucider les obscurités qu'il peut contenir et à rechercher l'intention du législateur. Alors que les lois sont soumises à des méthodes d'interprétation tirées du droit anglais, le Code civil est soumis en principe à des méthodes d'interprétation distinctes d'inspiration française¹⁹⁸.

Par ailleurs, la méthode de rédaction d'une loi influe sur le choix d'une méthode d'interprétation. Le Code civil en général, et plus particulièrement l'article 1053 de l'ancien Code, est rédigé en termes généraux et non détaillés comme les lois à caractère pénal, par exemple. Dans l'interprétation de ces dispositions, on doit donc davantage tenir compte de la finalité de la loi et privilégier la méthode téléologique d'interprétation¹⁹⁹. Le juge Baudouin disait récemment qu'il faut bannir la tendance de donner au Code civil une interprétation étroite et formaliste et que l'interprétation doit

195. *Id.*, p. 71. Le professeur Tancelin, quant à lui, définit la faute comme « la violation d'une règle de conduite imputable à son auteur » : *Des obligations : contrat et responsabilité*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1984, n° 422, p. 253, cité dans J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 194, p. 54, à sa note 3.

196. C'est d'ailleurs l'opinion générale de la doctrine sur la question : J. PINEAU, *op. cit.*, note 152, p. 283 ; C. MASSE, *op. cit.*, note 167, pp. 235, 257 ; C. SOUCY, *op. cit.*, note 17, p. 314.

197. « Un texte clair dans un grand nombre de situations peut cesser de l'être dans des circonstances sortant de l'ordinaire » : C. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 744.

198. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 144, p. 28.

199. *Id.*, p. 30 ; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 146, pp. 13-14.

plutôt être large et non littérale²⁰⁰. Il soulignait une « chausse-trappe » qui devait être évitée dans l'interprétation du nouveau Code. La similitude d'un texte dans l'ancien Code et le nouveau n'implique pas nécessairement l'adoption de l'ancienne jurisprudence en bloc puisque la règle de l'autorité du précédent ne s'applique plus théoriquement « laissant ainsi les tribunaux libres d'adopter des solutions différentes peut-être plus conformes aux réalités sociales et économiques contemporaines et moins dictées par les contraintes du passé²⁰¹ ».

En outre, la disposition préliminaire du nouveau *Code civil du Québec*, tout comme d'ailleurs la *Loi d'interprétation québécoise*²⁰², rappelle que le Code doit s'interpréter non pas de manière littérale, mais selon une interprétation téléologique, c'est-à-dire en recherchant l'esprit et la fin :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent *la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions*, établit en termes exprès ou de façon implicite le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger [*l'italique est de nous*].

Les commentaires officiels apportent les précisions suivantes sur la disposition préliminaire :

L'un des objectifs [du second alinéa de la disposition préliminaire] est de favoriser une interprétation dynamique du Code civil [...].

Un autre objectif tout aussi primordial est de rappeler que le Code civil s'interprète non pas d'une manière littérale, mais en cherchant l'esprit de ses dispositions et, lorsque le texte est silencieux, en utilisant son objet comme source d'une règle plus étendue [...].

Aussi, est-il impératif que l'esprit des textes prévale sur la lettre de manière que ces textes puissent s'adapter aux besoins futurs et légitimes des personnes, notamment dans leurs rapports avec autrui, et servir de pôle pour le développement du droit civil²⁰³.

200. J.-L. BAUDOUIN, « Conférence de clôture », dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, op. cit., note 146, pp. 319, 324. Dans *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, 813, le juge Pratte énonçait : « une interprétation littérale et rigoriste des textes [...], si elle peut être acceptable en droit fiscal, n'a certes pas sa place en matière de droit civil », cité dans J.-L. BERGEL, op. cit., note 146, p. 9.

201. J.-L. BAUDOUIN, loc. cit., note 200, 325. Par contre, il souligne également qu'il faut éviter « le piège de la langue » et qu'une modernisation du langage n'implique pas nécessairement une intention de modifier le contenu de la règle de droit.

202. *Loi d'interprétation*, précitée, note 157, art. 41.

203. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, op. cit., note 148, pp. 1-2.

Par conséquent, le Code civil doit s'interpréter de manière large plutôt qu'étroite et littérale ; les tribunaux devraient favoriser une interprétation évolutive et dynamique plutôt que statique²⁰⁴ en s'inspirant des valeurs qui se dégagent du nouveau Code dont, notamment, la valeur du respect de la personne²⁰⁵.

Par ailleurs, étant donné le caractère général de la plupart des principes énoncés au Code civil, un certain nombre de normes floues sont maintenues dans le nouveau Code. Le flou de ces normes a d'ailleurs son utilité, comme l'expliquent les commentaires officiels :

Le Code civil constitue un ensemble législatif structuré et hiérarchisé. Il ne dit pas tout ; son rôle est d'établir des règles qui pourront s'adapter à la diversité des situations humaines et sociales et d'intégrer les développements scientifiques et sociaux. Ni le code ni aucune loi d'ailleurs ne remplacent l'usage de la raison, pour interpréter les textes et leur ouvrir de nouvelles avenues. Si le Code civil maintient, quant à certaines normes ou notions, un flou relatif, il traduit ainsi jusqu'à un certain point, les ambivalences et les intérêts diversifiés qui cohabitent dans la société. Il faut voir ces règles comme les pores par lesquels le code peut se respirer, se vivifier et s'adapter par l'interprétation qui lui sera donnée suivant l'évolution de notre société²⁰⁶.

Les notions floues ne sont pas propres au Code civil. De nombreux principes de droit sont exprimés en termes de notion floue. Une doctrine abondante traite de ce type de notions en les désignant, outre de « notion floue²⁰⁷ », d'une multitude de façons, soit de « notion à contenu variable en droit²⁰⁸ », « notion confuse²⁰⁹ », « notion souple²¹⁰ », « notion fuyante ou indéterminée²¹¹ », « notion à texture ouverte²¹² » ou encore, de cette sa-

204. M. GUY, « Interprétation et effet temporal du nouveau Code civil », (1988) 19 *R.D.U.S.* 39, 53. La disposition préliminaire est qualifiée de « véritable trésor pour la méthodologie juridique » par J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 146, p. 7.

205. J. PINEAU, *op. cit.*, note 152, pp. 269, 290.

206. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 148, p. VII.

207. E. MACKAY, « La logique du flou en droit : une réflexion sur les recherches sur la « prédiction des décisions judiciaires » », (1976) 11 *R.J.T.* 209-240 ; E. MACKAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, n° 53, 1979, pp. 33-50.

208. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 197, p. 825 ; C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », dans CENTRE NATIONAL DE RECHERCHE ET DE LOGIQUE, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 363-374.

209. C. PERELMAN, « L'usage et l'abus des notions confuses », dans C. PERELMAN (dir.), *Études de logique juridique*, vol. 7, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 3-17.

210. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 146.

211. S. RIALS, *op. cit.*, note 91 ; S. RIALS, « Les standards, notions critiques du Droit », dans CENTRE NATIONAL DE RECHERCHE ET DE LOGIQUE, *op. cit.*, note 208, pp. 39-53.

212. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 155 et suiv., cité dans P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », (1991) 5 *R.D.P.* 1199, 1201, à sa note 3.

voureuse expression, « ces petits mots trop évidents, trop discrets, pour être vraiment honnêtes²¹³ ». Les notions floues sont essentielles au droit pour lui permettre de s'adapter aux circonstances et d'appréhender l'évolution de la société²¹⁴.

Selon le professeur Amselek²¹⁵, deux facteurs sont inhérents à l'essence même du droit, soit la non-objectivité, en ce qu'il est nécessaire de se livrer à une interprétation pour saisir l'intention du législateur, et l'incomplétude, puisque la loi utilise des concepts délibérément flous à contenu ouvert et variable. Dans l'utilisation de notions imprécises, on peut parfois voir la volonté implicite de laisser au juge un pouvoir discrétionnaire d'application de la loi.

De plus, la fluidité des notions confère une certaine flexibilité à la loi²¹⁶. Les tribunaux peuvent alors adapter le sens des termes employés aux changements dans la vie sociale. L'imprécision apparaît en ce sens un aspect essentiel du droit en permettant l'adaptation aux changements sociaux²¹⁷ et l'application individualisée des règles juridiques par l'intermédiaire d'une large marge d'interprétation consentie aux tribunaux. En effet, l'imprécision des concepts augmente le pouvoir normatif du juge et donc les choix de politique juridique²¹⁸. Par exemple, dans le cas de la responsabilité administrative, un choix de politique juridique fondé sur le désir d'éviter des coûts exorbitants à l'Administration publique entraînera une solution différente d'un choix fondé sur le désir d'indemniser les citoyens.

213. S. RIALS, *loc. cit.*, note 211, 53.

214. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 197, p. 790 ; E. MACKAY, « La logique du flou en droit : une réflexion sur les recherches sur la « prédiction des décisions judiciaires » », *loc. cit.*, note 207 ; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 146, p. 19.

215. P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 212, p. 1201 et suiv.

216. E. MACKAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *loc. cit.*, note 207.

217. E. MACKAY, « La logique du flou en droit : une réflexion sur les recherches sur la « prédiction des décisions judiciaires » », *loc. cit.*, note 207, 238.

218. « [P]lus les notions juridiques applicables sont vagues et indéterminées, plus grand est le pouvoir d'appréciation laissé aux juges » : C. PERELMAN, *op. cit.*, note 197, p. 790. Le juge Baudouin, dans *Lefebvre c. Commission des Affaires Sociales du Québec*, (1991) R.J.Q. 1864 (C.A.), 1877, mentionnait récemment que, « avec l'avènement des chartes, notre Cour suprême rend maintenant, de plus en plus, d'arrêts de « politique juridique » [...] Ce nouveau rôle, ou plutôt cette remarquable mutation dans sa tâche de « dire » le droit, n'est cependant pas restreint à l'application de la charte. Les grands arrêts de la Cour en droit administratif de ces dernières années [...] en sont, à mon avis, des illustrations. »

En conséquence, la théorie du sens clair d'un texte en matière d'interprétation ne devrait pas prévaloir lorsque l'interprète est en présence d'une notion floue, comme l'explique le professeur Côté :

Cette façon d'exprimer la règle de droit ne s'explique-t-elle pas par le désir de voir la règle s'adapter aux faits et, en modifiant sa portée, d'assurer qu'elle résiste à l'usure du temps ? La théorie traditionnelle [du sens véritable] paraît tout à fait insatisfaisante quand il s'agit d'analyser le phénomène de l'application des notions floues²¹⁹.

Dans le même esprit, le professeur Perelman considère ce qui suit :

Chaque fois que le sens clair d'un texte contredit la finalité de l'institution qu'il est censé servir, ou heurte l'équité, ou conduit à des conséquences socialement inadmissibles, on s'efforcera de l'interpréter ; le texte cessera d'être clair, car selon la valeur privilégiée, la sécurité, l'équité ou le bien commun, telle ou telle interprétation l'emportera en définitive²²⁰.

Le concept de « règles de conduite²²¹ qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à une personne » énoncé à l'article 1457 C.c.Q. est, tout comme la notion de faute²²², une norme floue. Ce concept renvoie à la notion ambiguë de normalité²²³. Les tribunaux devront comparer dans chaque cas d'espèce la conduite du défendeur avec la conduite « normale » qu'il aurait dû avoir selon les circonstances, les usages ou, dans certains cas, la loi²²⁴.

219. P.-A. CÔTÉ, « La notion d'interprétation manifestement déraisonnable — Vers une re-définition de l'erreur d'interprétation », dans *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, *op. cit.*, note 17, pp. 107, 110.

220. C. PERELMAN, « L'interprétation juridique », dans *ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, L'interprétation dans le droit*, t. 17, Paris, Éd. Sirey, 1972, p. 29.

221. P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 212, 1200-1201, définit ainsi l'expression « règle de conduite » : « Qu'est-ce en effet qu'une règle ou norme de conduite ? [...] une règle ou norme constitue un certain type d'outil [...] Ces outils, dans le cas des règles de conduite, donnent la mesure — purement abstraite, intelligible — de la droiture ou rectitude des conduites humaines en délimitant, par la configuration même du contenu des pensées dont elles sont faites, une marge de possibilité ou latitude à l'intérieur de laquelle doit se tenir la ligne de conduite à suivre [...] Mais cet appareillage de texture mentale sur la base duquel vivent et se règlent les peuples humains, bien qu'on s'en soit fait traditionnellement une image de parfaite rigueur de type mathématique, constitue en vérité une étrange réalité, aux contours irrésolus, à la teneur indécise, sans fixité. »

222. S. RIALS, *op. cit.*, note 91, pp. 90-92.

223. S. RIALS, *loc. cit.*, note 211, 43.

224. À noter qu'« on ne saurait mettre « circonstances », « usages ou la loi » sur le même pied : seuls les deux derniers « imposent » » : COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Projet de loi 125. Code civil du Québec, Quelques observations sur le livre des obligations*, Document déposé par le ministre de la Justice, 1991, p. 9. D'autre part, le terme « loi » devrait renvoyer aux nombreuses obligations contenues ailleurs dans le Code, ainsi que dans d'autres lois, notamment dans la Charte, ou règlements : C. FABIEN, *loc. cit.*, note 184, 46 et suiv. Sur l'effet de la Charte québécoise sur la notion de faute, voir :

À notre avis, les règles de conduite qui s'imposent à l'Administration publique devraient être différentes de celles qui s'imposent aux particuliers vu la spécificité de l'action administrative²²⁵. Or, comment déterminer ces règles de conduite ? Quels sont les « usages » qui s'imposent à l'Administration publique si la prémisse est qu'ils devraient être différents des usages qui s'imposent aux particuliers²²⁶ ?

Pour répondre à ces questions, il faut considérer le fait que la faute est une notion complexe qui évolue avec la société²²⁷. Les critères pour qualifier une conduite de fautive apparaissent de plus en plus souples, comme le signale le juge Baudouin dans son traité :

Les tribunaux, depuis quelques années, se montrent moins sévères quant aux standards exigés pour trouver une conduite civilement fautive. Cet abaissement des standards est probablement dû à un changement d'attitude de leur part qui reflète une différence de perception générale du rôle de la responsabilité. Les tribunaux tolèrent de moins en moins, surtout en matière de dommages corporels, qu'une personne blessée reste sans compensation²²⁸.

Cet assouplissement de la notion de faute devrait, à notre avis, évoluer vers la reconnaissance du fait que l'Administration publique a le devoir de répartir équitablement entre les citoyens la charge des dommages spéciaux et anormaux qu'elle cause. Cette idée, latente dans un récent jugement de la Cour suprême²²⁹, se justifie par la spécificité de l'action administrative qui doit être exercée dans l'intérêt de tous ; un citoyen qui subit un préjudice anormal à la suite de l'action administrative et qui demeure sans indemnisation est sacrifié à la collectivité d'une manière qui heurte la

M. CARON, « L'égalité sous le Code civil : l'incidence des Chartes », dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Journées Maximilien-Caron 1990, Montréal, Thémis, 1990, pp. 25, 32.

225. « [La faute] permet de définir des caractéristiques de comportement qui puissent coller à ce bon père de famille d'un genre spécial qu'est l'administration publique » (l'italique est de nous) : P. GARANT, *loc. cit.*, note 3, 761. Même si le critère d'appréciation de la faute est un modèle abstrait, les tribunaux tiennent déjà compte de certaines caractéristiques propres à l'agent pour apprécier la faute. Par exemple, on ne compare pas la conduite d'un enfant à celle d'un adulte, ni celle d'un médecin à celle d'un ouvrier : J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 194, pp. 66-67.

226. Sur la question de la normalisation de l'action administrative, un auteur explore quelques pistes intéressantes : H. BUCH, *op. cit.*, note 17, p. 266 et suiv.

227. « La notion de faute, constamment façonnée et définie par la loi et la jurisprudence à travers chaque cas d'espèce, est ainsi soumise à une évolution dynamique, fonction des transformations de la société elle-même » : J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 194, p. 56.

228. *Id.*, p. 26.

229. *Tock c. St. Johns Metropolitan Area Board*, précité, note 2, 1203.

conception moderne de la justice sociale. Le juge Gonthier faisait récemment allusion à cette idée de justice sociale :

[One] great expectation which Western societies have of the law today and which it is the challenge of any and every legal system to meet [...] is that laws be so conceived and applied as to allow decisions that are perceived as rendering justice in the individual case ; the furtherance of a general rule at the cost of injustice in individual cases is less and less accepted as a necessary social burden²³⁰.

Évidemment, si cette idée était acceptée par les tribunaux, une autre question se poserait. Selon quels critères devrait-on départager les « inconvénients normaux de la vie en société » et « les dommages anormaux » justifiant une indemnisation ? Qu'est-ce qu'un « dommage anormal » ? Ce concept renvoie aussi à l'idée de normalité. La jurisprudence administrative française, fort développée sur ce thème²³¹, pourrait servir, non en tant que source, mais comme instrument de droit comparé. La jurisprudence québécoise relativement à la responsabilité pour troubles de voisinage pourrait également servir de guide.

La responsabilité pour troubles de voisinage peut être utilisée comme argument supplémentaire pour justifier l'introduction du concept de préjudice spécial et anormal dans la définition de la faute en matière de responsabilité administrative. Les tribunaux pourraient considérer que ce concept présente une certaine corrélation avec la responsabilité pour troubles de voisinage. Cette responsabilité est codifiée dans le nouveau Code : « 976. Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux. »

Le projet de l'ORCC proposait une disposition similaire, deux articles plus loin que l'embryon de l'actuel article 1457 C.c.Q., dans le chapitre sur les obligations découlant de la loi : « 96. Nul ne doit causer à autrui un préjudice qui dépasse les inconvénients normaux du voisinage. »

Dans la version finale, l'article 976 C.c.Q. se retrouve sous le Titre 2 sur la propriété du Livre 4 sur les biens. Les commentaires officiels apportent certaines précisions sur cette disposition :

Cet article est nouveau. Il pose le principe de la tolérance que l'on se doit dans les rapports de voisinage et le codifie dans une disposition générale qui coiffe l'ensemble du chapitre et le sous-tend. Il codifie ainsi la doctrine et la jurisprudence sur les troubles de voisinage ; cette doctrine et cette jurisprudence ont été élaborées avant

230. C.D. GONTHIER, « Some Comments on the Common Law and the Civil Law in Canada : Influences, Parallel Developments and Borrowings », (1993) 21 *Revue canadienne du droit de commerce* 323, 323.

231. *Supra*, p. 495.

tout sur la base de l'abus du droit de propriété, pour ensuite obtenir un cadre particulier d'application relativement aux troubles de voisinage²³².

Le professeur Pineau, commentant cette disposition, émet l'opinion suivante :

Alors que les codes du 19^e siècle ont envisagé la responsabilité sous l'angle de l'auteur du préjudice, seul l'auteur fautif devant réparation, le législateur d'aujourd'hui atténue cette perspective en examinant plutôt la responsabilité, tout au moins en certains cas, sous l'angle de la victime, celle-ci ayant un droit à la réparation. Ainsi en est-il dans les rapports entre voisins : réparation est due lorsque les inconvénients normaux du voisinage dépassent les limites de la tolérance²³³...

Une controverse semble déjà émerger sur la notion de faute dans la responsabilité pour les troubles de voisinage et, même, sur la question de savoir si la faute est un élément de la responsabilité en vertu de l'article 976 C.c.Q. En effet, alors que les commentaires de l'ORCC signalaient que « cette obligation existe même en l'absence de faute et nonobstant autorisation administrative²³⁴ », le professeur Masse ne croit pas que la responsabilité pour troubles de voisinage énoncée à l'article 976 C.c.Q. soit une responsabilité sans faute.

La même controverse risque d'animer la doctrine au sujet de l'article 7 du nouveau Code²³⁵ qui codifie l'abus de droit : « 7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi²³⁶. »

232. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 148, p. 573.

233. J. PINEAU, *op. cit.*, note 152, pp. 269, 284.

234. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 183, p. 630.

235. *Id.*, pp. 235 et 259 et suiv. ; M. OUELLETTE, « Livre premier : Des personnes », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (dir.), *op. cit.*, note 8, pp. 11, 147 ; D.-C. LAMONTAGNE, « Règles particulières à la propriété immobilière et servitudes », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 8, pp. 513, 518-520 ; BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire du Barreau du Québec sur le Code civil du Québec (projet de loi 125) : Livre V—des obligations : théorie générale des obligations*, Montréal, Barreau du Québec, Service de recherche et de législation, 1991, p. 19.

236. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 148, p. 8. Les commentaires officiels contiennent ce qui suit sur cette disposition :

Cet article consacre la théorie de l'abus de droit reconnue tant par la doctrine que par la jurisprudence et en précise la portée. Comme l'article 6, il introduit au code une règle reposant sur le respect des principes de justice et de valeurs morales et sociales dans l'exercice des droits en indiquant les deux axes de l'abus de droit : l'intention de nuire ou l'acte excessif et déraisonnable.

Si, dans son application, la théorie de l'abus de droit fait souvent appel aux principes et notions de la responsabilité civile, dont celles de la faute et du préjudice, elle demeure cependant distincte. Car l'abus n'est ni une simple

Cette controverse sur la place de la faute dans l'abus de droit et la responsabilité pour troubles de voisinage n'est pas nouvelle²³⁷. Dans son traité, le juge Baudouin maintient, en apparence, une certaine ambiguïté autour de cette question. En effet, il énonce dans un premier temps que la faute dans la responsabilité pour troubles de voisinage est le fait de causer un préjudice qui dépasse les inconvénients normaux du voisinage :

Lorsque l'usage du droit de propriété cause à autrui un préjudice qui dépasse la norme généralement admise des inconvénients de voisinage, eu égard aux circonstances, l'usager du droit *commet une faute civile* dont il devient comptable²³⁸.

Toutefois, commentant un arrêt où le défendeur avait été très diligent et avait pris toutes les précautions pour empêcher la survenance du préjudice, il énonce un peu plus loin qu'il serait artificiel de traiter de faute le seul dépassement des inconvénients normaux de voisinage lorsqu'il est impossible d'éviter le préjudice :

[...] l'analyse jurisprudentielle se situe presque exclusivement autour de ce que les juges appellent la « mesure des inconvénients subis » *et non autour de la recherche d'une faute* caractérisée chez le défendeur. En d'autres termes, une lecture attentive révèle que le facteur déterminant de la décision du tribunal est le caractère « anormal » ou « exorbitant » des inconvénients causés et non la faute du défendeur.

[...] à notre avis, [...] contrairement à l'opinion généralement répandue, il existe bel et bien en droit québécois une implantation de l'abus de droit, *indépendant de la faute* et basé uniquement sur le préjudice antisocial ou « anormal » du droit de propriété et donc sur le risque associé à l'exercice du droit. Le propriétaire est responsable de plein droit *sans qu'il y ait faute*, dès que l'utilisation de son droit a pour effet de causer préjudice à autrui, à condition que ce préjudice dépasse les inconvénients normaux que chacun est tenu de subir²³⁹.

Quoi qu'il en soit, le juge Baudouin est d'avis que « la discussion de savoir si l'abus de droit est basé ou non sur la faute reste un peu artificielle²⁴⁰ » puisque le résultat, dans un cas comme dans l'autre, est le même. En effet, il ressort de la jurisprudence que, lorsque la « mesure des inconvénients subis » dépasse les inconvénients normaux du voisinage, la res-

erreur ni une négligence : il survient lorsqu'un droit, dont la licéité n'est pas mis en cause, dont l'exercice normal est pleinement légitime, est mis en œuvre d'une manière contraire aux exigences de la bonne foi. L'abus existe donc parce que cet exercice, en cherchant à nuire, ne respecte pas le domaine d'exercice des droits d'autrui ou parce que la manière étant excessive et déraisonnable, elle vient rompre le jeu d'équilibre entre les droits des uns et des autres.

237. C. MASSE, *op. cit.*, note 188, pp. 35, 39.

238. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 194, p. 80 ; l'italique est de nous.

239. *Id.*, p. 82 ; l'italique est de nous.

240. *Id.*, p. 85.

ponsabilité est engagée. Comme le souligne le professeur Masse, il « n'y a pas de doute que cette question fera l'objet de prochains débats » et que l'article 976 C.c.Q. « pourrait bien devenir l'un des « trous noirs » du nouveau *Code civil du Québec*²⁴¹ ».

La controverse autour de la notion de faute dans la responsabilité pour troubles de voisinage et l'abus de droit démontre bien la souplesse de la notion floue de faute. Cette souplesse devrait laisser place à une définition de la faute par rapport au dommage spécial et anormal dans la responsabilité administrative²⁴². Dans le droit actuel, le principe d'abus de droit est applicable à l'État comme propriétaire²⁴³, ainsi qu'aux municipalités²⁴⁴. La codification de la responsabilité pour troubles de voisinage devrait donc consacrer cette application.

En common law, il existe un pendant de l'abus de droit de propriété de droit civil, soit le *tort of nuisance*²⁴⁵. La Cour suprême rendait récemment un jugement en *nuisance* contre un organisme public²⁴⁶. Le juge La Forest y invoque des considérations qui ressemblent étrangement au concept français de préjudice spécial et anormal qui ne doit pas être subi en vertu du principe d'égalité devant les charges publiques :

[Refuser l'indemnisation] aurait pour effet de faire assumer par la victime innocente qui a subi le préjudice une part disproportionnée du coût d'un service avantageux pour la collectivité [...] [L'organisme en cause], contrairement à la victime innocente, est en mesure de défrayer le coût en le répartissant entre tous les usagers du système.

Sans vouloir formuler une règle absolue, j'estime qu'il est possible d'établir une distinction utile entre les événements isolés et rares qui causent un grave préjudice matériel à une seule victime [...] et les troubles ordinaires aux effets diffus qui

241. C. MASSE, *op. cit.*, note 167, p. 266 et suiv.

242. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 146, p. 17, spécifie ceci : « La considération de valeurs morales et sociales s'intègre parfaitement dans une analyse « systémale », dès lors que le système est « ouvert » et qu'il peut s'agir d'un « ensemble flou, dialogique, comportant même des normes floues, laissant à leurs destinataires une grande liberté de découpage ». »

243. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, p. 766 et arrêts cités à leur note 188.

244. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, p. 766 et arrêts cités à leur note 189. Voir également *Martin c. Ville de Chicoutimi*, [1992] R.R.A. 779 (C.Q.).

245. Pour une analyse du *tort of nuisance*, voir : A.M. LINDEN, *op. cit.*, note 56, p. 601 et suiv.

246. *Tock c. St. Johns Metropolitan Area Board*, précité, note 2. Voir les arrêts anglo-canadiens parus après l'arrêt *Tock* : *Eagle Forest Products Inc. v. Whitehorn Investments Ltd.*, (1992) 12 M.P.L.R. (2d) 18 (Ont. Gen. Div.) ; *Moffat v. White Rock (City)*, B.C.S.C., Vancouver, Doc. C914525, 2 décembre 1992, j. Macdonald ; *Mandrake Managements Consultants Ltd. et al. v. Toronto Transit Commission*, (1993) 102 D.L.R. (4th) 12.

influent de manière générale sur le confort, la commodité et le bien-être matériel du public en général. Nous devons tous tolérer une certaine mesure de désagrément comme prix de la vie en société²⁴⁷.

Comme le signale un auteur²⁴⁸, il y a des signes dans l'arrêt *Tock* que, malgré le rejet de la théorie du risque dans l'affaire *Lapierre*, la Cour suprême ne soit pas complètement insensible à l'argument que les préjudices subis par les victimes d'une action administrative accomplie pour le bien-être de la collectivité devraient être supportés par cette même collectivité. En effet, les considérations de politique juridique relevées par le juge La Forest semblent toutes aussi valables dans un cas comme l'arrêt *Lapierre*. De plus, étant donné que le *tort of nuisance* est en quelque sorte l'équivalent de la responsabilité pour troubles de voisinage, il n'y a aucune raison pour que les mêmes éléments de politique juridique ne soient pas considérés en droit québécois.

Par conséquent, les tribunaux pourraient s'inspirer de la responsabilité pour troubles de voisinage codifiée dans le nouveau Code civil et considérer les éléments de politique juridique énoncés dans l'arrêt *Tock* afin de juger que l'Administration publique ne respecte pas les règles de conduite qui s'imposent à elle lorsque son action entraîne un préjudice revêtant un caractère spécial et anormal. Une telle innovation à l'occasion de la réforme du Code civil apparaîtrait conforme à l'évolution de la conception de justice sociale et à l'action grandissante de l'Administration publique dans la société.

2.2.2 Le rattachement du préjudice à l'action administrative

Maints auteurs proposant la création d'un régime mixte pour la responsabilité administrative considèrent que la responsabilité directe de l'Administration publique devrait être étendue en rattachant le préjudice à l'action administrative et non à un préposé en particulier, et ce, en adoptant la notion de faute de service²⁴⁹.

Dans l'état actuel du droit, la responsabilité directe de l'État est engagée dans le cas de manquement à ses obligations relativement aux biens sous sa garde, dans les cas de défaut d'entretien, de surveillance ou de défectuosité d'autres biens ou équipement ou encore dans le cas d'exécution de travaux publics. Dans les autres cas, la responsabilité de l'État est, en principe, une responsabilité pour autrui, et la faute d'un préposé^{249a}

247. *Tock c. St. Johns Metropolitan Area Board*, précité, note 2, 1202-1203.

248. D.J. MULLAN, *op. cit.*, note 3, p. 61.

249. *Supra*, p. 496.

249a. À noter que la notion même de préposé pose des difficultés : voir G. PÉPIN et Y. QUELLETTE, *op. cit.*, note 17, p. 512.

particulier de l'Administration publique doit être démontrée. Toutefois, la jurisprudence canadienne semble s'orienter vers un assouplissement de l'exigence de désignation de la faute d'un préposé. Cette évolution apparaît cependant encore hésitante :

La jurisprudence semble aujourd'hui assouplir l'exigence d'identification personnelle de l'auteur de la faute. Certaines décisions québécoises illustrent cette nouvelle tendance ou, à tout le moins, le besoin d'un régime où la responsabilité de l'État pourrait être sanctionnée en raison du mauvais fonctionnement même de l'appareil administratif, c'est-à-dire d'une « faute de gestion » non imputable directement à un préposé en particulier [...] Cependant, d'autres décisions récentes appliquent encore parfois de façon rigoureuse l'exigence d'une faute personnelle, qui implique la reconnaissance d'un geste préjudiciable attribuable à un préposé de l'État. L'évolution du droit à cet égard se fait donc très progressivement et avec beaucoup d'hésitation²⁵⁰.

Le nouveau Code civil permet-il aux tribunaux d'accentuer cette tendance de la jurisprudence et de rejeter carrément l'exigence de l'individualisation de la faute en adoptant la notion de faute de service ?

D'une part, le nouveau Code formule d'une façon nouvelle le principe de responsabilité du commettant pour les fautes de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions : « 1463. Le commettant est tenu de réparer le préjudice causé par la faute de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions ; il conserve, néanmoins, ses recours contre eux. » Les commentaires officiels énoncent que « les conditions liées au fait ou à la faute d'autrui demeurent à peu près inchangées²⁵¹ » et précisent ceci :

Cet article reprend, sous une formulation nouvelle, la règle du septième alinéa de l'article 1054 C.C.B.C. qui imposait au commettant ou employeur l'obligation de garantir les tiers contre la faute dommageable commise par ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions.

Cet article ajoute, cependant, une précision conforme au droit antérieur, en énonçant que le commettant conserve, malgré sa responsabilité à l'égard des tiers, ses recours contre les préposés en cause²⁵².

250. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 13, pp. 951-952 : voir les arrêts cités dans le texte et aux notes correspondantes. Un arrêt récent de la Cour supérieure va dans le sens de cette évolution : *Forget c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, J.E. 93-1359 (C.S.) Le résumé de l'arrêtiste mentionne ceci : « Les demandeurs ont été victimes d'un abus de pouvoir collectif et *anonyme*, d'une faute lourde de gestion non imputable directement à l'un des préposés de la Commission, mais imputable à tous ceux et celles qui ont participé à la prise de décision concernant les demandeurs » (l'italique est de nous). La jurisprudence en droit fédéral ne semble plus exiger la désignation personnelle du préposé fautif : G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 17, p. 494 : *Air Canada v. Swiss Bank*, (1987) 44 D.L.R. (4th) 680.

251. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 148, p. 885.

252. *Id.*, p. 892.

D'autre part, un article de droit nouveau est introduit concernant la responsabilité de l'État et des personnes morales de droit public du fait de leurs préposés :

1464. Le préposé de l'État ou d'une personne morale de droit public ne cesse pas d'agir dans l'exécution de ses fonctions du seul fait qu'il commet un acte illégal, hors de sa compétence ou non autorisé, ou du fait qu'il agit comme agent de la paix.

Comme le signalent les commentaires officiels²⁵³, cette disposition reprend un article de la *Loi de police*²⁵⁴ qui visait à contrer une partie de la jurisprudence relative à la responsabilité des commettants des policiers. Mais la portée de l'article 1464 dépasse la responsabilité des agents de la paix ; il vise un courant jurisprudentiel de la Cour d'appel selon lequel un préposé n'agit plus dans l'exécution de ses fonctions lorsqu'il commet un acte illégal ou un excès de pouvoir²⁵⁵.

La conservation, sous une formulation nouvelle, de la règle de la responsabilité du commettant pour les fautes de ses préposés permet difficilement de croire que le principe de responsabilité pour autrui de l'Administration publique pourrait être modifié par l'interprétation, même libérale, du nouveau Code civil. En outre, l'introduction de l'article 1464 C.c.Q. peut être interprétée comme un maintien de la règle d'individualisation de la faute d'un préposé en particulier pour entraîner la responsabilité de l'Administration publique. Par conséquent, le nouveau Code ne peut servir en soi à soutenir la tendance à l'assouplissement de la règle de l'individualisation de la faute en matière de responsabilité administrative. Les tribunaux devront donc continuer à prendre en considération des éléments de politique juridique extérieurs aux principes de droit civil pour se diriger vers le rejet de l'exigence de la personnalisation de la faute.

Les professeurs Pépin et Ouellette émettent l'opinion que la responsabilité pour autrui n'est pas appropriée, notamment dans le cas de mise en œuvre d'un programme gouvernemental :

Très souvent, ce sera l'ensemble d'un service, et non un agent déterminé, qui aura mal fonctionné, fonctionné tardivement, ou n'aura pas fonctionné du tout. En ces cas de défectuosité dans l'élaboration et la mise en œuvre d'un programme gouvernemental, il devient difficile de transposer en droit public la règle de « respondeat superior », car s'il y a eu faute, il s'agit d'une faute de l'ensemble du service public.

[...] En cette matière difficile, les tribunaux québécois pourraient peut-être s'inspirer de la jurisprudence des cours anglaises qui tient compte de facteurs de

253. *Id.*, p. 893.

254. *Loi de police*, L.R.Q., c. P-13, art. 2.1.

255. C. MASSE, *op. cit.*, note 167, pp. 287-288.

« public policy » pour décider qui, du gouvernement, de l'agent public ou de l'administré, doit supporter les dommages causés par le fonctionnement irrégulier des services publics²⁵⁶.

Les éléments de politique juridique rapportés par les auteurs semblent avoir été considérés par le juge La Forest dans l'arrêt *Tock* lorsqu'il mentionne que « [l'organisme en cause], contrairement à la victime innocente, est en mesure de défrayer le coût en le répartissant entre tous les usagers du système²⁵⁷ ». De telles considérations apparaissent tout autant pertinentes pour l'Administration publique québécoise. Les tribunaux devraient pouvoir s'en inspirer pour poursuivre l'élargissement de la responsabilité directe de l'Administration publique jusqu'à son aboutissement logique, soit le rejet complet de la règle d'individualisation de la faute et le rattachement du préjudice directement à l'action administrative.

Conclusion

Bien que l'Administration publique ait vu s'accroître sa responsabilité extracontractuelle dans la dernière décennie, le droit actuel de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique présente toujours de sérieuses lacunes. L'application des règles de droit privé à la responsabilité administrative se révèle inadéquate vu la spécificité de l'action administrative et le caractère souvent anonyme de la faute commise par l'Administration. De plus, l'État a la capacité de diluer la charge des dommages à travers la collectivité. La fonction première de ce droit devrait être l'indemnisation des victimes dans une perspective philosophique de justice distributive. En ce sens, la création d'un régime mixte composé de règles de droit privé et de règles de droit public s'avère souhaitable.

D'une part, l'exigence de l'individualisation de la faute est inadaptée à la responsabilité administrative étant donné le caractère souvent anonyme de l'action administrative. La proposition de réforme basée sur la notion de faute de service du droit français permettrait d'adapter la responsabilité administrative à la nature impersonnelle de l'Administration publique contemporaine. Cependant, il n'apparaît pas que la réforme du Code civil permette d'accélérer la tendance vers l'assouplissement de la règle de l'individualisation de la faute en matière de responsabilité administrative. Toutefois, des considérations de politique juridique extérieures aux principes de droit civil autorisent les tribunaux à se diriger vers le rejet de l'exigence de la personnalisation de la faute, en adoptant un concept

256. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 17, p. 513.

257. *Tock c. St. Johns Metropolitan Area Board*, précité, note 2, 1202.

similaire au principe français de faute de service et en rattachant le préjudice directement à l'action administrative.

D'autre part, lorsqu'une action administrative entreprise pour le bénéfice de la société cause un préjudice revêtant un caractère spécial et anormal, ce préjudice devrait être réparti dans l'ensemble de la collectivité. La proposition de réforme basée sur le modèle français et fondée sur le principe d'égalité devant les charges publiques dans les cas de préjudice spécial et anormal devrait être introduite en droit québécois. Une interprétation large et libérale de la notion floue de la faute, telle qu'elle est reformulée à l'article 1457 C.c.Q., une corrélation avec la responsabilité pour les troubles de voisinage codifiée à l'article 976 C.c.Q., de même que des considérations de politique juridique, telles que celles qui sont énoncées dans l'arrêt *Tock*, permettent l'introduction de cette réforme. Il serait alors possible de considérer que l'Administration publique ne respecte pas les règles de conduite qui s'imposent à elle lorsque son action entraîne un préjudice revêtant un caractère spécial et anormal. Étant donné la souplesse de la notion de faute, les tribunaux possèdent la marge d'interprétation nécessaire pour introduire cette réforme. Des recherches ultérieures pourraient analyser la question de la normalisation de l'action administrative au regard de ses différentes fonctions et élaborer des critères permettant de déterminer la spécificité et l'anormalité d'un préjudice causé par l'Administration publique. La jurisprudence administrative française devrait pouvoir servir de base à une telle étude.

Si toutefois l'interprétation proposée de l'article 1457 C.c.Q. n'était pas retenue par les tribunaux, ils pourraient introduire ces réformes en créant des règles de droit public. En effet, bien que les règles non écrites de droit public aient leur source dans la common law publique, les tribunaux québécois n'ont pas à attendre que de telles règles soient adoptées par les tribunaux anglais ou anglo-canadiens. Même s'ils semblent souvent hésitants à tenir ce rôle, ils peuvent eux aussi tenir compte d'éléments de politique juridique et participer à l'évolution de la common law publique.

Mais les tribunaux ne sont peut-être pas disposés à adopter de telles réformes. Les six arrêts de l'année 1989 de la Cour suprême sur la responsabilité administrative ont démontré que la Cour est profondément divisée sur la question. Certains juges paraissent partager les valeurs des défenseurs de l'application de principe du droit privé, alors que les autres semblent plus sensibles aux arguments des partisans de la création d'un régime mixte.

Si les tribunaux se montraient réfractaires à une telle évolution du droit de la responsabilité administrative, la réforme par voie législative demeurerait la seule solution. Peut-être le législateur devrait-il songer à

adopter une loi générale sur la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique québécoise. Bien qu'il existe de telles lois au fédéral et dans la plupart des autres provinces canadiennes, celles-ci ne devraient toutefois pas être prises pour modèle puisqu'elles ne s'avèrent pas très novatrices et ne répondent pas aux principales lacunes du droit de la responsabilité administrative. Dans un contexte de restriction budgétaire, il apparaît douteux de penser qu'une telle éventualité soit prise sérieusement en considération par le législateur. En outre, l'adoption de certaines dispositions du nouveau Code, notamment les articles 300, 1376 et 1464, laisse croire que le législateur ne serait malheureusement pas disposé à adopter une telle réforme législative.

Quoi qu'il en soit, il apparaît essentiel d'accomplir une réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration publique « affranchie de l'emprise du droit privé²⁵⁸ ». Les tribunaux devraient reconnaître que l'Administration a le devoir de répartir équitablement entre les citoyens la charge des dommages spéciaux et anormaux qu'elle cause et qu'une victime de l'action administrative ne devrait pas subir seule la charge d'un accident anonyme. De telles innovations se justifient par la nécessité d'adapter le droit de la responsabilité administrative à l'intervention de plus en plus envahissante de l'État, et ce, dans une perspective de justice sociale. La réforme du Code civil présente une occasion pour les tribunaux de se pencher sur les fondements de la responsabilité administrative et d'y insuffler une vision nouvelle pour rendre ce droit conforme aux valeurs contemporaines et aux réalités nouvelles à l'aube du *xxi*^e siècle.

258. Y. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 10, 66.